Acteurs de l'économie RHÔNE-ALPES

VERSION ACTUALISÉE 2009




ISBN 978-2953042733
9 782953 042733

Guide pratique

Loi de sauvegarde des entreprises

Groupe de travail
ayant contribué à la rédaction du guide sous l'autorité
de Monsieur Marcel SENGELIN,
Président du Tribunal de Commerce de LYON

Animateurs – contributeurs :

Jean BACHELET, *Expert comptable, ancien Président du Conseil Régional des Commissaires aux Comptes.*

Philippe BAU, *Expert Comptable, ancien membre du Conseil Régional de l'Ordre des Experts Comptables Rhône-Alpes.*

Edouard BERTRAND, *Avocat au Barreau de Lyon - Cabinet LAMY-LEXEL, délégué du Conseil de l'Ordre.*

Thierry BEZANSON, *Délégué de l'Association Française des Crédits Managers Rhône-Alpes*

Christian BRAVARD, *Greffier Associé du Tribunal de Commerce de Lyon*

Jean-Paul COQUARD, *Avocat au Barreau de Lyon, ancien Président de Chambre près du Tribunal de Commerce de Lyon.*

Patrick-Paul DUBOIS, *Mandataire Judiciaire*

Jean-Jack EMSALEM, *Tribunal de Grande Instance de Lyon – Pôle économique et financier. Maître de conférence associé, Université Jean Moulin LYON III*

Bernard FLEUR, *Président de Chambre au Tribunal de Commerce de Lyon*

Philippe GENIN, *Avocat au Barreau de Lyon, Cabinet LAMY & Associés, ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Lyon.*

Gérard LEGRAND, *Avocat au Barreau de Lyon, Cabinet LAMY & Associés*

Yves REINHARD, *Avocat au Barreau de Lyon, Cabinet LAMY & Associés, Professeur Agrégé à l'Université LYON III*

Maryline SALEIX, *Vice-Procureur près le Tribunal de Grande Instance de Lyon*

Bruno SAPIN, *Administrateur Judiciaire*

Bruno WALCZAK, *Mandataire Judiciaire*

TABLE DES MATIÈRES

CONTENU DE L'ANNEXE PAGE 77
MODE D'EMPLOI DU QUESTIONNAIRE

1. Est-ce que j'ai fait ou je fais des pertes qui ont ou vont consommer mon capital et mes réserves ?
2. Est-ce que mon banquier "me marque à la culotte" et est-ce que les cotations de mon entreprise (Banque de France / assurance crédit /...) sont dégradées ?
3. Est-ce que j'ai des problèmes de trésorerie au point de décaler des règlements de fournisseurs, de TVA, de charges sociales, de salaires ?
4. Est-ce que les fournisseurs me demandent de régler plus rapidement et sollicitent des garanties ?
5. Est-ce que j'ai des risques sérieux – récents et/ou en cours – de recouvrement de créances clients qui posent problème en trésorerie ?
6. Est-ce que j'ai mis en place un financement approprié à chaque besoin (investissement, exploitation,...) ?
7. Est-ce que j'ai des inscriptions de privilège ou de nantissement au tribunal de commerce ? Ou d'autres engagements hors bilan pouvant entraîner des difficultés futures ?
8. Est-ce que le résultat est positif et suffisant pour financer :
9. Ai-je beaucoup de frais fixes et suis-je capable de les réduire rapidement en cas de besoin ?
10. Est-ce que mes dettes augmentent plus vite que mes créances ?
11. Est-ce que mes stocks tournent moins vite avec de plus en plus de produits invendables ?
12. Est-ce que mon marché et/ou mon métier sont menacés au point de faire baisser mon chiffre d'affaires ?
13. Est-ce que je dépends trop d'un petit nombre de clients et/ou fournisseurs ?
14. Est-ce que mes clients et mes fournisseurs peuvent facilement me concurrencer ?
15. Est-ce que j'ai pris des risques importants sur la disponibilité et le coût de mes matières premières ?
16. Est-ce que mon organisation correspond à mes besoins et à mes objectifs ?
17. Est-ce que je maîtrise suffisamment mon système d'information et est-ce que je gère vraiment mon point mort et ma marge ?
18. Est-ce que j'ai l'impression de ne pas arriver à résoudre les problèmes majeurs de mon entreprise malgré les efforts déployés ?
19. Est-ce que mes pratiques commerciales, fiscales, environnementales, présentent des risques majeurs pour mon entreprise au regard des réglementations existantes ?
20. Est-ce que je cours des risques significatifs en matière sociale (salariés, cotisations, inspection du travail...) pouvant entraîner une condamnation significative ?
21. Est-ce que la conclusion ou l'exécution de mes contrats avec mes fournisseurs (notamment de sous-traitance), mes clients, mes banquiers, tous autres tiers, posent problème ?
22. Est-ce que les litiges techniques avec mes clients croissent en nombre et en importance ?
23. Est-ce que je fais l'objet de procédures contentieuses devant les tribunaux ?
24. Est-ce que mes intervenants extérieurs (commissaire aux comptes, expert-comptable, avocat, banquier...) me font des mises en garde fréquentes et sévères ?
25. Est-ce que ma structure de personnel est bien adaptée à mon métier et surtout à mon niveau d'activité ?
26. Est-ce que le climat social de mon entreprise se dégrade et est-ce que la rotation du personnel n'est pas trop forte ?

27. Ne suis-je pas trop dépendant d'un collaborateur clé ?
28. Est-ce que je sais fixer et contrôler les objectifs de mes collaborateurs et de moi-même ?
29. Est-ce que je sais gérer les conflits ?
30. Est-ce que mon entreprise est capable de faire face à la survenance d'un risque majeur (incendie, vol, décès, crash informatique...) ?

PRÉFACE

Soucieuse de l'équilibre des intérêts en présence, garante de l'équité sur le territoire, adaptée à la diversité des situations, la règle de droit contribue à la sauvegarde des entreprises en difficulté.

L'anticipation des difficultés augmente les chances de survie de l'entreprise. La procédure de prévention la favorise.

La négociation est essentielle à la confiance des partenaires économiques de l'entreprise en difficulté. Le recours au mandat ad hoc, à la conciliation ou à la sauvegarde visent à la faciliter.

La rapidité des procédures, quand la liquidation judiciaire est inévitable, offre une deuxième chance aux entrepreneurs en difficulté. C'est particulièrement vrai pour les plus petites entreprises.

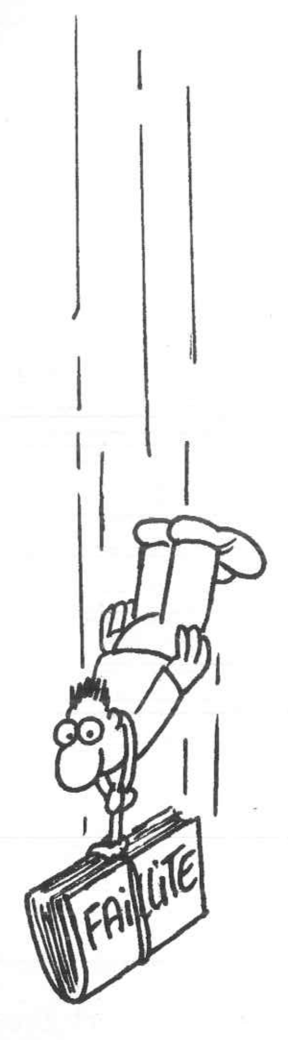
La loi 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 ont ainsi mis en œuvre de nouveaux instruments.

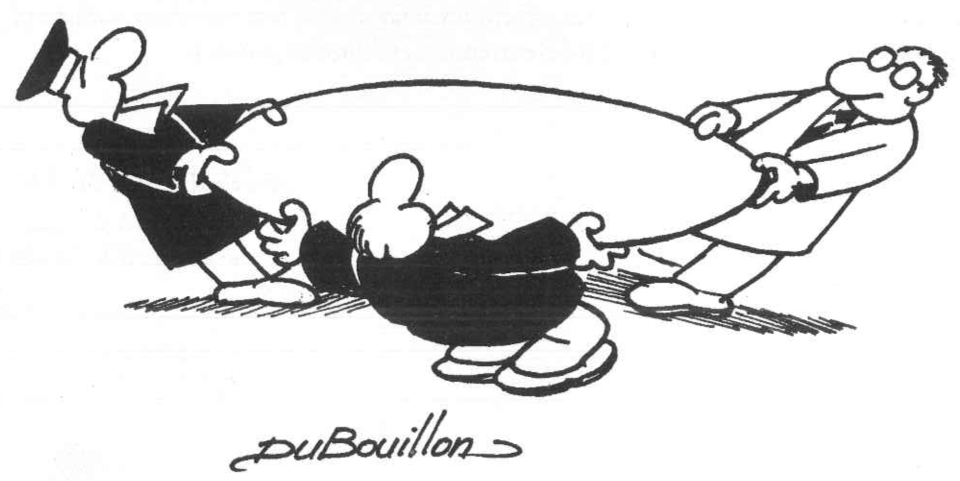
Ils gagnent à être mieux connus des praticiens. L'information des chefs d'entreprises sur ces nouveaux dispositifs est la condition indispensable de leur efficacité.

Ce guide pratique présente les enjeux et le déroulement des procédures applicables aux entreprises en difficulté. En améliorant la prévention, il favorisera l'anticipation et renforcera la transparence, clé de confiance entre les entreprises et l'autorité judiciaire.

Michèle ALLIOT-MARIE

Ministre d'Etat, Garde des Sceaux,
Ministre de la Justice et des Libertés


FAILLITE


DuBouillon

ENTRÉE EN MATIERE
LA FORCE DU REDRESSEMENT

Philippe GENIN, *Avocat au Barreau de Lyon, Cabinet LAMY & Associés, ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Lyon.*

La loi de *"sauvegarde"* des entreprises entrée en vigueur le 1er janvier 2006, améliorée par ordonnance du 18 décembre 2008, n'est pas une de ces innombrables lois-règlements qui viennent polluer, plus qu'elles n'éclaircissent, le fonctionnement de notre société.

Il s'agit d'une loi porteuse d'une vraie philosophie ayant pour ambition de faire évoluer les esprits aux fins de convaincre les chefs d'entreprise de voir dans le tribunal non pas une fin et une mise en danger personnelle mais un moyen de relance de leur projet et de préservation de leur responsabilité.

Cette loi procède tout d'abord d'un constat :

Plus de 90 % des entreprises qui se présentent devant le Tribunal sont exsangues et ne peuvent plus être sauvées parce que leur dirigeant a préféré la *"fuite en avant"* et il est trop tard.

Si l'on veut remédier à cette situation, il convient avant tout d'en analyser les raisons qui sont multiples et cumulatives :

■ La première raison se loge dans le sentiment d'échec et/ou de trahison envers ses créanciers qui envahit le chef d'entreprise.

Il s'agit d'ailleurs là de sentiments qui lui font honneur.

Il convient par conséquent de *"déculpabiliser"* le chef d'entreprise.

Les Américains du Nord, qui sont encore marqués par la culture des pionniers, considèrent le *"droit à l'échec"* comme l'un des droits de l'homme et non pas comme un péché qui vous marque à vie.

L'anecdote veut même que Bill GATES choisit de s'entourer de collaborateurs ayant connu de telles difficultés car ils en sont ressortis plus intelligents et plus forts.

Quant à la peur de trahir ses créanciers, elle n'est le plus souvent en réalité qu'une irresponsabilité.

C'est en n'agissant pas pendant qu'il est encore temps que l'on court le risque de trahir ses partenaires fournisseurs, banquiers, salariés.

■ Une seconde raison de cette fuite du chef d'entreprise en difficulté réside dans la crainte du tribunal.

Il est vrai que le mot implique la notion de jugement, voire de condamnation. Habité par les sentiments d'échec et de trahison que l'on vient d'évoquer, le chef d'entreprise redoute au mieux d'être évincé, au pire de voir sa responsabilité personnelle recherchée.

Peut-être conviendrait-il de changer de nom pour ne retenir que celui de la section compétente, c'est-à-dire *"la chambre du conseil"*, mais le chef d'entreprise doit être convaincu que les juges consulaires ont avant tout la volonté de l'aider à redresser son entreprise.

En procédure de sauvegarde, le Tribunal n'a ni la possibilité d'évincer le dirigeant de la gestion de son

entreprise, ni celle de l'exproprier.

Et s'il est désigné un administrateur judiciaire à ses côtés (ce qui n'est pas obligatoire), celui-ci se voit généralement confier une mission de simple surveillance et non pas d'assistance, cette dernière plaçant un peu le chef d'entreprise dans une situation de tutelle avec cette obligation parfois mal vécue de faire contresigner ses chèques par le mandataire de justice.

Dans tous les cas, le chef d'entreprise reste maître de sa gestion.

Quant aux sanctions, elles représentent à peine 10 % des procédures ouvertes et correspondent généralement à des actes graves, souvent constitutifs par ailleurs d'une infraction pénale.

■ La troisième raison qui fait hésiter le chef d'entreprise à recourir à l'outil des procédures collectives est la fameuse crainte de perdre tout crédit fournisseur et de manière générale la confiance de ses partenaires et clients.

Il est vrai que la France est le seul pays d'Europe où le crédit-fournisseur représente la part la plus importante du crédit aux entreprises (environ 42 %).

Et même si la Loi de Modernisation de l'Economie de l'été 2008 a notamment pour objet de réduire les délais de paiement, il faudra de nombreuses années avant que cette pratique s'infléchisse réellement (d'ores et déjà, de nombreux accords de branches ont été conclus pour retarder la mise en œuvre du dispositif de la Loi du 4 août 2008).

"Dans la vie réelle", la pratique révèle que cette crainte est exagérée.

Tout d'abord, il est toute une série de créanciers qui ne subissent aucun dommage de l'ouverture d'une procédure collective au profit de l'un de leurs clients.

Il s'agit des créanciers bénéficiant d'un droit de rétention (tels par exemple les droits accordés par la Loi Gayssot aux transporteurs), de ceux qui bénéficient d'une clause de réserve de propriété leur permettant de revendiquer soit le bien, soit son prix de revente, de ceux qui se trouvent dans une situation juridique de sous-traitance, et qui bénéficient de l'action directe contre le donneur d'ordre originel...

Ensuite, et surtout, tout le monde a besoin de travailler et la plupart des fournisseurs préfèrent poursuivre leurs relations commerciales que perdre un client (surtout en période de crise), dès lors que la poursuite d'activité en période dite d'observation leur confère le statut de créancier privilégié.

Mais le chef d'entreprise doit-il craindre de payer ses fournisseurs au comptant ?

Le *"cash flow"* dégagé par le gel du passif antérieur est là pour lui permettre d'offrir cette garantie à ses fournisseurs, fût-ce en essayant d'obtenir un escompte pour paiement immédiat.

La poursuite d'activité dépend surtout de la capacité du chef d'entreprise à savoir communiquer auprès de ses partenaires (1) et avant tout de ses clients.

Il n'est pas d'exemple de chef d'entreprise qui prenne la peine d'informer, soit par lettre, soit pour les partenaires les plus importants, au cours d'un entretien, fût-ce téléphonique, qui ne réussisse pas à conserver leur confiance.

Il faut savoir brièvement expliquer les raisons de la situation et démontrer que l'on a déjà une vision des perspectives de sortie.

[1] Sur cette question importante, on se reportera pour plus de détails au chapitre très complet et très précis rédigé par Thierry BEZANSON ("L'impact des difficultés de l'entreprise sur l'octroi de crédit").

A cet égard, la loi prévoit que le *"débiteur"* peut atermoyer le remboursement de son passif sur dix ans. Il faut essayer de bâtir un plan plus court et l'annoncer dès le départ aux créanciers, leur démontrant ainsi que l'on ne cherche pas à profiter de la situation, c'est-à-dire de tous les effets de la loi.

■ Il est vrai que pour *"réussir un redressement"*, il faut que le chef d'entreprise reste motivé.

C'est parfois l'écueil le plus important.

Il faut que le chef d'entreprise élabore un nouveau projet d'entreprise.

La loi lui permet de reconfigurer son entreprise en résiliant des contrats en cours en dehors de leur échéance (bail, crédit-bail, contrat de travail...).

Il faut savoir alléger les charges en se séparant d'un local ou de certains matériels, opérer éventuellement une cession partielle en sachant renoncer à une branche d'activité à faible marge...

Ce doit être dans l'esprit du chef d'entreprise une aventure aussi passionnante que la création de l'entreprise elle-même.

Il est vrai que la très grande majorité des chefs d'entreprise ne bénéficient d'aucune véritable formation à la gestion. Quant à ceux qui ont reçu une formation dans des écoles de commerce, ils n'ont en revanche jamais été formés à la gestion d'une entreprise en difficulté. Il est bien connu que l'on forme essentiellement des *"développeurs"* alors même que pour créer des richesses, le chef d'entreprise est amené à prendre des risques qui, par nature, peuvent entraîner des difficultés importantes.

Lorsque ces difficultés apparaissent, le premier réflexe du chef d'entreprise est sinon de nier celles-ci, en tout cas de les minimiser, avant d'avoir ensuite tendance à se replier sur lui-même.

Le législateur a donc multiplié les efforts pour faire *"accompagner"* le chef d'entreprise par les tribunaux de commerce.

D'une manière générale, l'Etat a clairement démontré sa détermination à faire en sorte que la loi de sauvegarde réussisse.

C'est ainsi que pour la première fois, les administrations – fiscales et sociales – (Trésor Public et URSSAF) ont la possibilité d'accorder des remises aux chefs d'entreprise qui leur présenteront un plan de redressement sérieux.

A une époque où les finances publiques sont fragiles, un tel acte démontre l'implication des pouvoirs publics dans la réforme.

Et tous les écueils que nous avons évoqués plus haut doivent être mis en perspective des avantages proposés par la loi :

- la possibilité de résilier les contrats en cours et par conséquent de reconfigurer l'entreprise,
- le gel du passif, sans intérêt, qui offre une formidable bouffée d'oxygène et permet de reconstituer la trésorerie,
- des conditions d'ouverture plus souple en ce qui concerne la sauvegarde dont on n'exige plus que les difficultés constatées soient de nature à conduire l'entreprise à l'état de cessation de ses paiements,
- la possibilité pour le chef d'entreprise qui s'est engagé en qualité de caution de bénéficier des délais de la procédure ainsi que des éventuelles remises accordées à l'entreprise elle-même...

Mais on entre déjà ici dans le mode d'emploi de la loi que nous allons essayer de présenter de la manière la plus simple possible.

Avant cependant de recenser les différents outils de redressement offerts au chef d'entreprise, il convient de rappeler ce qu'est *"l'état de cessation des paiements"* au regard de la loi car elle est la clé qui va permettre d'ouvrir ou de fermer telle ou telle porte d'accès aux outils qu'elle propose.

Qu'est-ce que l'état de cessation des paiements ?

Certaines procédures, telles le mandat ad hoc ou la sauvegarde, ne sont ouvertes qu'aux entreprises qui ne sont pas en état de cessation des paiements.

En revanche, la conciliation, qui reste pourtant une procédure de négociation amiable strictement confidentielle, est ouverte aux entreprises qui sont en état de cessation des paiements depuis moins de 45 jours, ce qui constitue là encore une petite révolution.

La définition de l'état de cessation des paiements telle qu'elle est donnée par la loi est la suivante :

"Est en état de cessation des paiements l'entreprise dont les réserves de crédit ou les moratoires dont elle bénéficie de la part de ses créanciers ne lui permettent pas de faire face au passif exigible avec son actif disponible".

De manière lapidaire, on peut définir l'état de cessation des paiements comme celui où l'actif disponible ne permet pas de faire face au *"passif exigible exigé"* par les créanciers.

Concernant cependant ce report d'exigibilité, il conviendra d'être en mesure d'en justifier auprès du Tribunal, la preuve pouvant normalement être rapportée par tout moyen puisque nous sommes en matière commerciale.

Il est important de souligner que l'état de cessation des paiements n'est pas une notion comptable prenant en compte par exemple les provisions ou les amortissements. Il s'agit d'un pur problème de trésorerie.

Il s'ensuit que tout ce qui n'est pas liquide ne rentre pas dans l'actif disponible. Il en est ainsi par exemple de tout ce qui est immobilier et généralement des stocks.

On peut dire que constituent également l'actif disponible (indépendamment de ce qui se trouve effectivement en caisse sur les comptes de l'entreprise) :

- le compte clients,
- les valeurs de placement.

C'est seulement après avoir vérifié si l'entreprise est ou non en état de cessation des paiements que l'on pourra ensuite définir une stratégie et choisir une des voies offertes par la loi.

VOUS N'AVEZ PAS EU CONNAISSANCE DE LA LOI DU 26 JUILLET 2005 ?
HEU !.. LE 26 JUILLET 2005 J'ÉTAIS SUR UNE PLAGE À SAINT TROPEZ
ÇA EXPLIQUE TOUT
DuBouillon

Chapitre 1

LES OUTILS OFFERTS AU CHEF D'ENTREPRISE PAR LA LOI du 26 juillet 2005

Philippe GENIN, *Avocat au Barreau de Lyon, Cabinet LAMY & Associés, ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Lyon.*

La loi de sauvegarde décline aujourd'hui sept procédures de traitement des difficultés des entreprises :

1. LE MANDAT AD HOC

Cette procédure est ouverte au chef d'entreprise qui éprouve des difficultés juridiques, économiques ou financières sans être pour autant en état de cessation des paiements.

Dans cette hypothèse, il a la faculté, sans que personne ne puisse le lui imposer, de prendre rendez-vous de manière strictement confidentielle avec le président du Tribunal de Commerce qui, après avoir vérifié que l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements, pourra éventuellement désigner un mandataire ad hoc dont il déterminera la mission.

Le chef d'entreprise pourra même proposer au Président le nom d'un mandataire ad hoc.

Ce mandataire sera en quelque sorte un médiateur qui bénéficiera de l'autorité et de la légitimité de sa désignation par le président du tribunal de commerce.

Il pourra aider le chef d'entreprise à négocier au mieux avec ses partenaires, l'intervention d'un tiers, bénéficiant de l'expérience de ces situations difficiles et du recul nécessaire, pouvant être extrêmement bénéfique et ayant déjà fait ses preuves au cours des années précédentes.

Il convient d'insister sur le fait qu'il s'agit d'une démarche volontaire de la part du chef d'entreprise, que l'ordonnance désignant le mandataire n'est pas publiée, et que l'ensemble des négociations se déroulent dans un cadre strict de confidentialité.

Le mandat ad hoc bénéficie également d'une grande souplesse en ce sens que la mission du mandataire n'est enfermée dans aucun délai légal.

Le président du tribunal fixera un délai qu'il pourra parfaitement proroger sans être limité par la loi.

Souvent, les entrepreneurs pensent que ce type de procédure est réservé à de grosses entreprises. Ils en redoutent aussi le coût.

En réalité, la rémunération du mandataire ad hoc est toujours fonction des capacités financières de l'entreprise. Au surplus, il suffit parfois d'une ou deux réunions pour débloquer une situation. Il s'ensuit que pour une TPE, le coût d'un mandat ad hoc peut être limité souvent à 1.500 ou 2.000 € maximum.

Il s'agit cependant d'un outil dont l'efficacité n'est avérée que lorsque l'entreprise se trouve faire face à un petit nombre de partenaires.

Il est bien évident qu'elle serait totalement inutile pour négocier par exemple avec une cinquantaine de petits fournisseurs.

Ce nombre ferait d'ailleurs qu'il serait illusoire de préserver une quelconque confidentialité.

Il convient enfin d'insister sur le fait que l'on devrait recourir au mandat ad hoc plus souvent, et notamment lorsque se présentent non seulement des difficultés financières ou économiques mais également des difficultés d'ordre juridique, telles que par exemple une mésentente entre associés ou bien encore lorsque l'entreprise doit faire face à une rupture brutale d'un contrat important.

Mais le mandat ad hoc, dans le cadre du nouvel arsenal législatif mis en place par la loi du 26 juillet 2005, et peaufiné le 18 décembre 2008, sera également souvent indispensable pour préparer une procédure de conciliation ou une procédure de sauvegarde en permettant au chef d'entreprise de dresser ainsi un audit de ses difficultés.

2. LA CONCILIATION "CONSTATÉE"

La procédure de conciliation est ouverte aux personnes exerçant une activité commerciale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et qui ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de 45 jours.

Là encore, il s'agit d'une démarche parfaitement volontaire du chef d'entreprise, bénéficiant d'une totale confidentialité comme dans le cadre du mandat ad hoc.

Le chef d'entreprise pourra même proposer au président du tribunal le nom d'un conciliateur.

Cette disposition n'a pas été reprise concernant le mandat ad hoc mais l'on peut penser qu'elle sera applicable, par analogie, en matière de mandat ad hoc.

A la différence du mandat ad hoc, la conciliation est enfermée dans un délai de quatre mois pouvant être prorogé d'un mois supplémentaire par le président du tribunal.

Contrairement à l'ancienne procédure de règlement amiable, le président du tribunal n'a plus la possibilité d'ordonner une suspension provisoire des poursuites au cours de cette période.

Le législateur a retiré ce pouvoir au président dans le but de renforcer la confidentialité des négociations, laquelle serait évidemment un leurre si tous les créanciers de l'entreprise se voyaient signifier le gel de leurs créances.

En revanche, la nouvelle loi donne compétence au juge de la conciliation, c'est-à-dire au président qui a ordonné celle-ci, pour accorder des délais à l'entreprise, sur le fondement des articles 1244 et suivants du code civil, lesquels prévoient, rappelons-le, que tout débiteur de bonne foi mais malheureux peut obtenir jusqu'à vingt-quatre mois de délai.

Il s'agit là d'une avancée importante par rapport à l'ancien régime qui renvoyait le chef d'entreprise en difficulté au juge des référés de droit commun, lequel ne connaissait rien à la situation réelle de l'entreprise ni à ses besoins et à ses projets.

Dans l'hypothèse où un accord intervient avec un certain nombre de partenaires de l'entreprise, cet accord fait l'objet **d'un constat** par le président du tribunal de commerce dans le cadre d'une ordonnance strictement confidentielle.

Il convient de souligner que les remises accordées par les créanciers à l'entreprise dans le cadre de la négociation bénéficient aux cautions, personnes physiques et morales, ce qui n'est pas le cas dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire.

Lorsque l'on parle de *"caution"*, il faut en réalité entendre toutes les garanties et sûretés ayant pu être données par le chef d'entreprise. La loi parle même de *"co-obligé"*. En effet, après l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005, certaines banques, pour contourner l'écueil de la remise bénéficiant automatiquement à la caution, faisaient cosigner le chef d'entreprise pour le rendre co-emprunteur aux côtés de la société. Cette pratique est donc désormais mise en échec.

3. LA CONCILIATION "HOMOLOGUÉE"

Les conditions sont exactement les mêmes que dans le cadre de la conciliation *"constatée"*.

Cependant, le chef d'entreprise, après avoir réussi sa négociation, peut demander au tribunal (et non plus seulement au président du tribunal) non pas de constater l'accord intervenu, mais de **l'homologuer.**

Dans cette hypothèse, le tribunal convoque les principaux acteurs de la négociation auxquels il ajoute les représentants des salariés.

Le tribunal doit vérifier que :

- l'accord met fin à l'état de cessation des paiements si celui-ci existait ;
- les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ;
- l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires (sans préjudice de l'application des articles 1244 et suivants du code civil évoqués plus haut).

Si le tribunal refuse l'homologation de l'accord, celui-ci ne fait l'objet d'aucune publicité.

Si en revanche, il homologue l'accord intervenu, un jugement est rendu qui est alors publié dans les journaux d'annonces légales.

Cela entraîne bien évidemment une perte de confidentialité et de ce fait un risque de perte du crédit fournisseur qui, rappelons-le, représente en France (à la différence de nombreux pays européens), une très grande partie du crédit aux entreprises.

Le jugement peut également faire l'objet d'un recours, c'est-à-dire d'une tierce opposition de la part des créanciers non parties à l'accord, et ce, dans un délai de dix jours à compter de la publication.

Néanmoins, l'homologation présente des avantages importants :

- elle purge tout d'abord la période suspecte et évacue par conséquent toute possibilité d'action en nullité d'actes de gestion accomplis au cours de celle-ci ;
- elle purge de ce fait même la responsabilité de l'ensemble des acteurs intervenus dans le cadre de la négociation ;
- elle entraîne au profit des créanciers qui auront apporté de l'argent nouveau ou des fournisseurs qui auront livré des biens ou effectué des prestations de services nouvelles pendant la période de conciliation, le bénéfice du privilège dit "de la conciliation " ou de "l'argent frais" qui leur permettra d'être payés tout de suite après le super-privilège des salaires et les frais de justice dans l'hypothèse où l'entreprise, par la suite, serait malheureusement conduite à une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.
- Enfin, tout comme dans la procédure constatée, la procédure permet aux cautions et autres garants, personnes physiques et morales, de bénéficier des remises qui auront pu être accordées par les créanciers à l'entreprise dans le cadre de la négociation.

4. LA SAUVEGARDE

La procédure de sauvegarde est ouverte à une entreprise qui, sans être en état de cessation des paiements, éprouve des difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter.

Là encore, comme dans le cadre du mandat ad hoc et de la conciliation, il s'agit d'une démarche uniquement volontaire de la part du chef d'entreprise.

Elle n'est en revanche pas confidentielle.

Elle est en effet ouverte par un jugement du tribunal, qui est publié dans les journaux d'annonces légales, avec les conséquences sur le crédit que nous avons évoquées plus haut et les possibilités de recours de la part des tiers.

En revanche, la procédure de sauvegarde entraîne un **gel des dettes** et une suspension totale des poursuites comme dans le cadre de l'ancienne procédure de redressement judiciaire.

Le tribunal désigne un administrateur qui normalement aura une simple mission de surveillance, le chef d'entreprise restant à la tête de son entreprise, y compris dans le cadre de la signature des chèques.

La procédure est enfermée dans un délai d'un an (six mois + six mois) avec une prorogation exceptionnelle de six mois supplémentaires à la seule requête du Procureur de la République.

La procédure de sauvegarde ne peut en aucune manière déboucher sur la vente contrainte de l'entreprise.

Il n'y a pas d'appel d'offres de reprise lancé par l'administrateur judiciaire comme cela peut être le cas dans la procédure de redressement judiciaire.

Une négociation se met en place avec la constitution éventuelle de comités de créanciers représentant d'une part, les fournisseurs de crédit, d'autre part, les fournisseurs de biens et services.

Si les comités parviennent à un accord avec le chef d'entreprise sur un plan de sauvegarde, le chef d'entreprise pourra alors ensuite se tourner vers les organismes fiscaux et sociaux afin de leur demander également des remises de dettes.

Le chef d'entreprise pourra reconfigurer son entreprise, c'est-à-dire qu'il pourra résilier tel ou tel contrat en cours (contrat de bail, de leasing...) et avec l'intervention de l'Administrateur judiciaire, procéder, le cas échéant, à des licenciements économiques.

Dans cette hypothèse, il pourra être recouru à l'intervention des AGS qui pourront faire l'avance des indemnités de licenciement si l'entreprise ne dispose pas des fonds nécessaires pour financer ces indemnités mais, à la différence de la procédure de redressement judiciaire, cette intervention des AGS n'est pas automatique puisque, par définition, l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements.

Enfin, les organismes publics (URSSAF, Trésor) pourront accorder des remises sur les impôts directs.

L'issue de la procédure est consacrée par le Tribunal qui arrête le plan de sauvegarde présenté par l'entreprise, comportant le règlement des dettes gelées, sans intérêts, sur une durée maximum de 10 années.

5. LA PROCÉDURE DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE

A la différence des autres outils évoqués plus haut, il peut s'agir d'une démarche subie et non pas seulement volontaire.

La procédure est calquée sur la procédure de sauvegarde avec constitution des comités de créanciers.

La procédure de redressement judiciaire est enfermée dans un délai d'un an : deux périodes de six mois comme la procédure de sauvegarde, une période de six mois supplémentaire pouvant être requise par le Ministère Public (comme en procédure de sauvegarde).

Le chef d'entreprise peut proposer un plan de redressement avec apurement de son passif, sur une durée maximum de 10 années.

Pour ce faire, il lui appartient de démontrer que non seulement son exploitation, après gel de ses dettes, est viable, mais encore qu'elle est susceptible après reconfiguration (résiliation de contrats de location ou de travail) de dégager une marge suffisante pour désintéresser les créanciers sur une période qui ne peut excéder dix ans (et que certains tribunaux limitent à huit ans).

La négociation avec les créanciers reste en revanche inscrite dans le même cadre que celui de la procédure de sauvegarde.

L'administrateur judiciaire attend généralement un certain délai pour lancer un appel d'offres de reprise, dans l'attente de voir précisément ce que donne la poursuite d'exploitation et si un plan de redressement est possible.

A tout moment, pendant la période d'observation, le Tribunal, après avoir été informé de l'impossibilité de présenter un plan de redressement, pourra ordonner la cession de l'entreprise à un partenaire extérieur, avec la reprise de tout ou partie des salariés.

6. LA PROCÉDURE DE LIQUIDATION JUDICIAIRE

La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise, dont le redressement est manifestement impossible, ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits ou de ses biens.

Le tribunal de commerce ne s'occupe plus de la convalescence de l'entreprise, comme dans la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, mais de sa disparition et du transfert de son exploitation sous une autre forme.

La liquidation peut être demandée en début de procédure ou peut être le résultat de l'échec :

- d'une conciliation,
- d'une procédure de sauvegarde,
- d'un redressement judiciaire.

Comme dans le redressement judiciaire, la liquidation judiciaire comprend trois phases :

- d'un point de vue procédural, la liquidation,
  - est engagée par le tribunal de commerce au moyen d'un jugement d'ouverture ;
  - est mise en œuvre par un mandataire de justice, qui s'occupera des opérations liquidatives, sous le contrôle d'un juge commissaire ;
  - est achevée au moyen d'un jugement de clôture.

Dès l'ouverture de la procédure, le tribunal fixe le délai aux termes duquel la clôture de la procédure devra être examinée.

Passé un délai de deux ans, tout débiteur peut demander la clôture des opérations liquidatives.

7. LA PROCÉDURE DE LIQUIDATION JUDICIAIRE SIMPLIFIÉE

Une procédure de liquidation judiciaire simplifiée est prévue s'il apparaît que l'actif du débiteur ne comprend pas de biens immobiliers, que le nombre de ses salariés n'a pas été supérieur à cinq au cours des six derniers mois et que son chiffre d'affaires n'est pas supérieur à 750.000 €.

Cette procédure est obligatoire pour les entreprises dont le chiffre d'affaires n'est pas supérieur à 300.000 € et si le nombre de salariés est égal à 1.

Dans le cas d'une procédure de liquidation judiciaire simplifiée, c'est le tribunal et non le juge commissaire qui détermine les biens du débiteur pouvant faire l'objet d'une vente de gré à gré. L'ensemble des biens du débiteur peut faire l'objet d'une telle mesure.

Par dérogation, il est également procédé à la vérification des seules créances susceptibles de venir en rang utile et des créances résultant d'un contrat de travail.

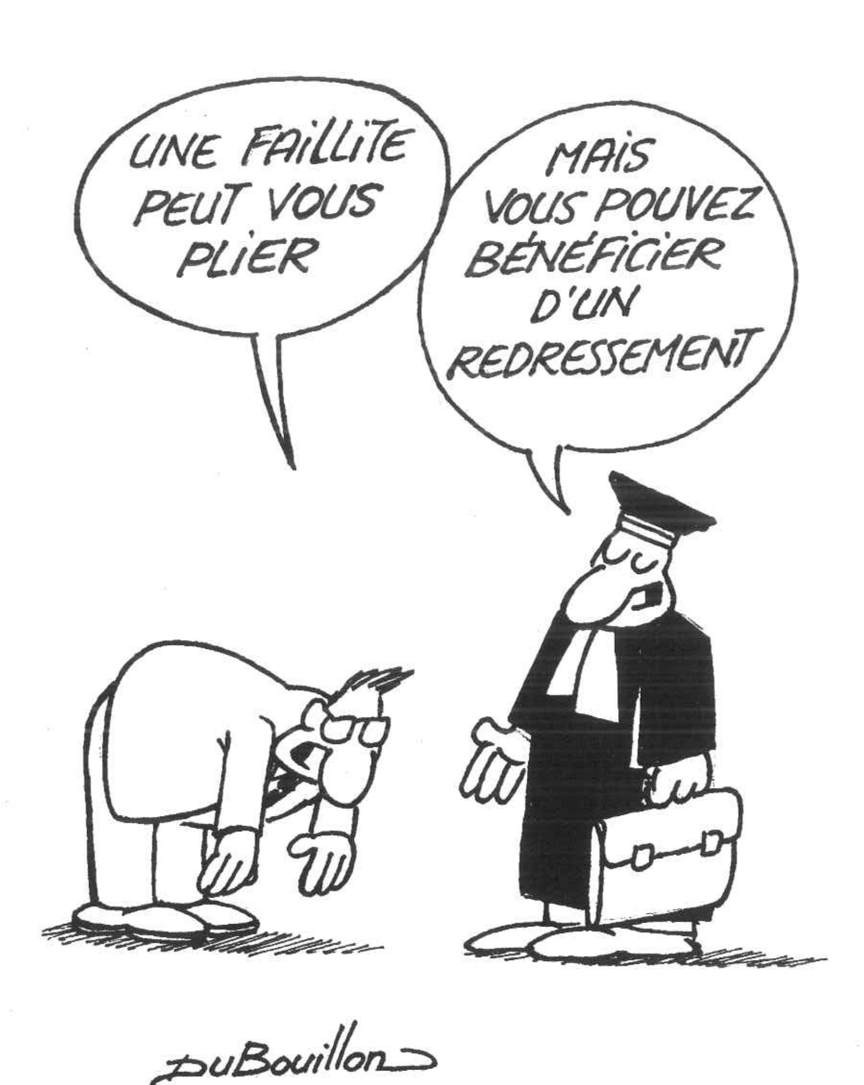
Enfin, dans le cadre d'une liquidation judiciaire simplifiée, la procédure doit être clôturée dans un délai d'un an.

- **En conclusion,** il convient de noter que toutes les procédures que nous venons de présenter peuvent éventuellement se succéder.

Le législateur a mis en place différentes séquences qui, au fur et à mesure du temps qui passe, s'appliquent à une dégradation croissante de la situation de l'entreprise, mais qui ont toutes pour but, à chaque stade, de tout faire pour essayer de sauver l'entreprise.

Il ne faut pas hésiter à s'emparer du mandat ad hoc, de la conciliation et de la sauvegarde le plus tôt possible.

Et c'est souvent une décision difficile à prendre mais le temps qui passe ferme une à une les portes de la loi.


UNE FAILLITE PEUT VOUS PLIER
MAIS VOUS POUVEZ BÉNÉFICIER D'UN REDRESSEMENT
DuBouillon

Chapitre 2

LES MOYENS DE L'ANTICIPATION

Jean BACHELET, *Expert comptable, ancien Président du Conseil Régional des Commissaires aux Comptes.*
Bernard FLEUR, *Président de Chambre au Tribunal de Commerce de Lyon*
Edouard BERTRAND, *Avocat au Barreau de Lyon - Cabinet LAMY-LEXEL, délégué du Conseil de l'Ordre.*
Philippe BAU, *Expert Comptable, ancien membre du Conseil Régional de l'Ordre des Experts Comptables Rhône-Alpes.*
Christian BRAVARD, *Greffier Associé du Tribunal de Commerce de Lyon*

Le présent chapitre a pour objectif, par la diffusion d'outils pédagogiques, et l'apport d'information qu'il contient :

- de faciliter l'identification des difficultés que peuvent rencontrer les entreprises
- de mieux appréhender la façon de les traiter en prenant en compte les moyens qui sont mis à leur disposition.

■ Schématiquement, il existe deux façons de prendre en compte les risques :

1 / Un mode de gestion permanent avec adaptation en conséquence « au fil de l'eau » de la structure et des politiques menées par l'entreprise. Ce mode de gestion permet la meilleure anticipation possible, puisque les risques sont évoqués avant même leur survenance.

Un **questionnaire développé** ainsi qu'un **mode d'emploi** ont été conçus spécifiquement pour répondre à cette problématique de « gestion permanente » des risques. Ils figurent en annexe au présent guide.

2 / Un mode de gestion où les risques sont pris en compte lorsqu'ils sont très proches ou avérés.

Il ne s'agit donc plus d'une gestion permanente mais de la prise en compte de risques avec obligation d'apporter des solutions adaptées à brève échéance.

C'est cette deuxième situation qui fait plus particulièrement l'objet des développements qui suivent.

1. GÉNÉRALITÉS

Le maître mot de la loi de sauvegarde et des textes ultérieurs est le mot « ANTICIPATION ». A ce mot, il convient d'accoler celui de « CONFIDENTIALITE » qui vient justifier s'il le fallait celui d'anticipation.

La confidentialité sera d'autant mieux assurée, que l'anticipation aura été importante.

Anticiper, oui, mais quand ? comment ? pourquoi ?

Des situations de non détection de difficultés, des prises de conscience tardives ou non acceptées,

des questions restées trop souvent sans réponses. Non, créer les éléments d'une bonne anticipation n'est pas chose simple, d'autant plus que l'énergie du chef d'entreprise est souvent monopolisée par le quotidien.

Tant de choses à concilier :

- accepter de parler de difficultés (qui ne sont pas toutes financières, la finance étant plus une résultante qu'un facteur déclenchant),
- concilier les objectifs économiques et la préservation de l'emploi, conserver une confidentialité, ne pas inquiéter à tort les partenaires ou interlocuteurs,
- etc.

Mais il est nécessaire de faire abstraction de toutes ces raisons qui peuvent pousser à se recroqueviller, pour envisager de partager ses difficultés avec des interlocuteurs qui aideront à prendre les décisions nécessaires.

C'est pourquoi, en fonction de la situation dans laquelle l'entreprise se trouve le chef d'entreprise pourra se faire aider par des professionnels, des organismes ou institutions, et profiter de procédures créées pour favoriser le traitement préventif des difficultés.

2. LES ACTEURS DE LA PRÉVENTION

■ LES PROFESSIONNELS

Les experts comptables : Conseils, ils accompagnent l'entreprise et son dirigeant à toutes les étapes de son développement. Ils connaissent parfaitement les éléments financiers et comptables de la société. Ils ont le recul pour aider le dirigeant à appréhender les mesures qui s'imposent et travaillent avec les autres partenaires de l'entreprise pour rechercher les solutions adéquates.

Les avocats : Conseils et défenseurs des intérêts de leurs clients. Ils pratiquent régulièrement les procédures relatives aux entreprises en difficulté, ils connaissent le fonctionnement du tribunal de commerce et des organes de la procédure. Ils savent présenter toutes les solutions que les lois proposent et orienter le dirigeant vers l'une d'elles.

Le Commissaire aux comptes : S'il n'est pas le conseil, il peut-être un bon appui pour comprendre la nature et le degré des difficultés. Il déclenche la procédure d'alerte lorsque la pérennité de l'exploitation est mise en cause.

Les banquiers : Ils mesurent les moyens adéquats pour accompagner l'entreprise selon ses résultats et ses prévisions. Ils peuvent restructurer l'endettement et permettre de passer un cap délicat.

■ LES ORGANISMES CONSULAIRES

Ces organismes disposent souvent d'une cellule Prévention et peuvent orienter le chef d'entreprise dans la recherche de solutions adaptées, en relation avec les conseils habituels.

A titre d'exemple, d'anciens juges du Tribunal de Commerce de Lyon, tiennent des permanences à la CCI, à la Chambre des Métiers, à l'Ordre des Experts-comptables et au Greffe du Tribunal de Commerce. Ces entretiens confidentiels de Prévention – Information permettent au chef d'entreprise d'avoir une meilleure connaissance des moyens mis à sa disposition par ces organismes et les différentes procédures existantes.

■ LES INSTITUTIONS

La Commission des Chefs des Services Financiers (CCSF). Sous l'autorité du Trésorier Payeur Général, elle réunit dans chaque département les directeurs des services fiscaux, de l'URSSAF, des organismes de sécurité sociale, du Pôle Emploi... Elle examine la situation des entreprises qui enregistrent des retards de paiement et propose des moratoires pour les dettes échues, les dettes courantes devant être payées.

Le Comité Départemental d'examen des problèmes de financements des entreprises (Codefi) est présidé par le Préfet. Il se réunit pour étudier le cas des entreprises en difficulté de moins de 400 salariés (détection, prévention. Il peut aussi orienter vers missions d'expertise et de traitement des difficultés.

Le Comité Interministériel de restructuration industrielle (CIRI). Il concerne les entreprises de plus de 400 salariés du secteur de l'industrie.

Les procédures de traitement préventif étant abordées dans un autre chapitre, celles-ci ne seront pas reprises dans celui-ci.

3. RENCONTRE AVEC LE TRIBUNAL DE COMMERCE

Avant même de rentrer dans une phase de traitement des difficultés, il est possible de pouvoir rencontrer des juges, professionnels eux-mêmes et chefs d'entreprises. Des cellules de prévention existent dans de nombreux tribunaux de commerce. Des entretiens confidentiels peuvent être organisés. C'est une phase essentielle en matière de prévention. Elle permet d'appréhender au mieux les solutions qui peuvent être mises en œuvre en fonction de la situation des entreprises. En concertation avec les professionnels ces entretiens très productifs apportent une certaine dédramatisation propice à une prise de recul nécessaire pour prendre les bonnes décisions.

Cette phase est bien entendu strictement confidentielle, ce qui est essentiel dans une période difficile.

Dans certains cas, à partir d'informations dont dispose le greffe du tribunal de commerce, le chef d'entreprise pourra être convoqué par le Président du tribunal de commerce. Cette procédure confidentielle doit être considérée par le chef d'entreprise non comme une contrainte juridique, mais plutôt comme la possibilité de pouvoir exprimer ses difficultés et en contrepartie d'être informé de solutions qui lui permettront d'y faire face *(voir le paragraphe institutions)* avant qu'il ne soit trop tard.

En définitive, tout est organisé ou plutôt tout peut être organisé au mieux pour le chef d'entreprise, dès lors qu'il accepte de communiquer sur ses difficultés.

4. AIDE MÉTHODOLOGIQUE DESTINÉE AUX CHEFS D'ENTREPRISES

Afin d'apporter une aide méthodologique très simple, permettant au chef d'entreprise de se positionner par rapport aux difficultés qu'il rencontre, un questionnaire court, simple, ciblé, destiné plus précisément à la phase de qualification des difficultés a été élaboré. Ce questionnaire doit être rempli en liaison avec le Chapitre 3 : « Ai-je un projet d'entreprise ? ».

Les questions volontairement très simples, sont faites de façon à ce que toute réponse soit facile à renseigner et de type binaire : Oui ou Non.

Deux colonnes permettent ensuite de mieux cerner les difficultés en fonction de leur importance et de leur fréquence : (alarmantes, sérieuses, minimes et caractère permanent, fréquent ou ponctuel), ces colonnes doivent être complétées. Le Chef d'entreprise dispose alors d'un diagnostic de son entreprise.

Plusieurs réponses « oui », « alarmant ou sérieux, fréquent » doivent alerter le chef d'entreprise qui doit alors se rapprocher de ses conseils habituels pour envisager d'aller plus loin dans l'analyse qu'il fait de ses difficultés et rechercher les solutions idoines.

Quoiqu'il en soit, ces apports méthodologiques complétés déboucheront, soit sur une prise de décisions qui peut être :

- l'absence de recours à une procédure quelle qu'elle soit,
- le recours à une procédure amiable *(mandat ad hoc ou conciliation. Cf. chapitre 2)*
- le recours à une procédure judiciaire *(sauvegarde ou redressement judiciaire. Cf. chapitre 2).*

Rappelons que pour les dirigeants d'entreprise souhaitant **anticiper non les difficultés mais les risques,** un autre questionnaire *(en annexe)* leur permettra d'évaluer le risque à plus long terme de rupture de caisse afin de pouvoir envisager une procédure amiable *(mandat ad hoc ou conciliation)* ou éventuellement une sauvegarde. En effet, plus la perspective de rupture de caisse est éloignée et plus grandes sont les marges de manœuvre, plus on peut anticiper les solutions.

5. CONCLUSION

En définitive, le fait d'anticiper la prise en compte des difficultés permet au Chef d'entreprise de pouvoir gérer au mieux les phases difficiles que rencontrent la plupart des entreprises un jour ou l'autre.

Plus il anticipe, mieux il pourra utiliser ses marges de manœuvres et restera maître de son destin, ce qui est justement un des buts de la sauvegarde, plus l'entreprise aura des chances de se relever ou de passer les caps difficiles.

Toutes les études le prouvent, l'anticipation est un garant de la pérennité.

CAUSES	oui	non	Si Oui, qualifier : alarmant / sérieux / minime	Si Oui, fréquence : permanent / fréquent / ponctuel
ACHATS - FOURNISSEURS Impossibilité de diversifier ses achats stratégiques Difficultés de négocier les prix avec des fournisseurs stratégiques Délais de règlement réduits par les fournisseurs principaux Retard dans les règlements fournisseurs, aggravation des retards ?				
ACTIVITÉ - CLIENTS Chute du chiffre d'affaires ? Difficultés pour "remonter"la pente ? Carnet de commande faible, fréquentation commerce en baisse Produits vendus sans avenir, absence de renouvellement de gamme Catalogue produits trop réduit Activité structurellement déficitaire ? Impossibilité de suivre les tarifs de la concurrence Concurrence très agressive Présence de clients "trop" importants ? Impayés importants				
TRÉSORERIE - BANQUES Dégradation de la trésorerie Atteinte ou dépassement des plafonds accordés *(découvert ..)* Dénonciation des concours bancaires ? Refus du banquier d'honorer une échéance ou un moyen de paiement ? Impossibilité d'emprunter pour un investissement capital Dégradation de la couverture assurance crédit Dégradation de la couverture assurance crédit des clients Retard dans les règlements des impôts ou taxes (TVA) ? Retard dans le règlement des charges sociales ? Augmentation notoire des conditions de banque *(taux, commissions, garanties demandées,...)*				
PERSONNEL Mouvement du personnel, insatisfaction ? Absentéisme ? Salaires non payés Sous activité, effectifs trop importants (actuel et prévisionnel) Recours au chômage partiel Démissions de salariés Prise massive de RTT ou vacances				
MANAGEMENT, GESTION, VIE DE L'ENTREPRISE Résultats déficitaires structurels Charges fixes très importantes non négociables Démotivation de la direction ? Grave mésentent entre associés Existence de procédures judiciaires ? Non qualité, retours clients... Procédure d'alerte du commissaire aux comptes ou du CE Mise en garde de l'expert-comptable				

NB: Veillez à bien déterminer vos réponses en fonction de l'intensité (alarmant/sérieux/minime) et de la fréquence (permanent/fréquent/ ponctuel)


MÊME SI LES DIFFICULTÉS SONT IMPORTANTES
IL Y A TOUJOURS UN ESPOIR
DuBouillon

Chapitre 3

AI-JE UN PROJET D'ENTREPRISE ?

Philippe BAU, *Expert Comptable, ancien membre du Conseil Régional de l'Ordre des Experts Comptables Rhône-Alpes*
Bruno SAPIN, *Administrateur Judiciaire*
Jean-Paul COQUARD, *Avocat au Barreau de Lyon, ancien Président de Chambre au Tribunal de Commerce de Lyon*

1. QUE M'INSPIRENT LES RÉPONSES AU QUESTIONNAIRE ?

En tant que dirigeant d'entreprise, je viens de passer en revue le questionnaire de prévention des difficultés du chapitre précédent, en particulier sous les angles suivants :

- La capacité de réactivité de mon entreprise par rapport à l'ensemble des difficultés identifiées.
- Mes marges de manœuvre permettant d'éloigner les difficultés rencontrées.
- La capacité de trouver des financements pour la mise en place des voies de solutions envisagées.

J'ai donné des réponses qui me laissent perplexe sur la pérennité de mon entreprise et la survenance de la cessation de paiements.

Éventuellement, j'ai passé en revue le questionnaire de prévention des risques *(en annexe)* et qui me conduit à faire les mêmes constats.

Par exemple, à la question 8 de ce questionnaire de prévention des risques *(en annexe)*, je réponds que le développement de mon activité me donnera des moyens financiers suffisants mais qu'il reste une incertitude sur le jalonnement dans le temps de cette augmentation et donc sur la rentrée des *"cash flow"*. Je dois donc me reposer la question des moyens techniques et financiers à mettre en œuvre pour accélérer la mise en place des mesures visant à augmenter mon activité.

Certaines réponses à ces questions me font constater qu'a priori je n'ai pas le délai suffisant ou les moyens financiers nécessaires ou bien ni l'un ni l'autre.

Je dois alors me poser la question de l'état actuel de mon projet d'entreprise pour évaluer la capacité de mon entreprise à surmonter les problèmes avérés et à éloigner les risques de non pérennité.

2. QUEL EST MON PROJET D'ENTREPRISE ?

Par rapport aux problèmes avérés, je sais que j'ai encore quelques marges de manœuvre en termes de délai et de moyens financiers mais qui restent à valider.

J'ai pu commencer à prendre certaines décisions pour éloigner les premières menaces pour lesquelles les parades m'ont semblé simples à mettre en œuvre ; en revanche, d'autres parades me semblent plus difficiles à mettre en œuvre, par manque de délai ou de moyens. Ces difficultés peuvent remettre en question la pérennité de mon entreprise à moyen terme !

Aussi, j'ai décidé de faire l'état des lieux de mon projet d'entreprise afin de passer en revue l'ensemble

des possibilités de réduction des risques et de mise en place de solutions durables.

Si je suis rentré dans une zone de difficultés *(questionnaire du chapitre 2),* la mise en œuvre de ces solutions n'en sera que plus urgente.

Ces solutions me permettront d'envisager un nouveau plan d'affaires et éventuellement de faire évoluer mon modèle économique. Mais ces nouvelles opportunités nécessiteront un délai de mise en place ou/et des coûts supplémentaires d'exploitation ou même d'investissement. Je suis conscient également que l'évolution voire le changement de mon modèle économique peut avoir un impact important sur la culture de mon entreprise, sur l'acceptation du changement par mes collaborateurs, etc.

J'aurai également à évaluer si les ressources financières actuelles ou futures de mon entreprise seront suffisantes pour faire face à ces coûts supplémentaires ce qui pourra nécessiter une recherche de ressources financières supplémentaires que j'essaierai de trouver auprès de mes banquiers ou bien auprès de nouveaux pourvoyeurs de fonds.

C'est pourquoi mon projet d'entreprise doit être formalisé dans un document regroupant une présentation des hypothèses assorties d'une présentation des points clé, un plan de financement, regroupant les marges de manœuvre financières à moyen terme et enfin un plan de trésorerie à court terme.

3. MON PROJET D'ENTREPRISE EST-IL EN MESURE DE RÉPONDRE AUX PROBLÈMES AVÉRÉS ?

Ce projet d'entreprise formalisé me permettra d'évaluer l'ensemble de mes marges de manœuvre afin de maximiser la pertinence de ma décision quant à la continuité de mon activité en l'état actuel.

Ces marges de manœuvre concernent les éléments clé de toute réflexion stratégique : ma volonté et ma capacité à conduire ce projet, la capacité et la motivation de mes collaborateurs, les perspectives de mon ou mes marchés, ma position concurrentielle, la qualité de mes produits-services...

La formalisation de ce projet permettra de le partager avec mes collaborateurs clé afin qu'ensemble, nous puissions communiquer et diffuser les changements à l'ensemble du personnel, selon un calendrier compatibles avec notre culture d'entreprise et le climat social.

J'aurai alors le choix de décider d'arrêter totalement mon activité, ou d'en arrêter une partie. J'aurai également le choix de continuer mon activité mais en prenant des décisions de redéploiement, de restructuration, de rapprochement.

Le projet d'entreprise devra être décliné en un plan d'affaires, un plan de financement et un plan de trésorerie. Ce projet devra également être en permanence mis sous tension à la lumière de la question des délais et des moyens financiers.

C'est alors que je serai en face de plusieurs scénarios :

- Scénario ***"La Dolce Vita" :*** Mon plan d'affaires est réalisable financièrement et dans un délai raisonnable et mon plan de financement et mon plan de trésorerie sont soutenables *(j'ai les moyens de mes ambitions)*
- Scénario ***"Les Choses de la Vie" :*** Mon plan d'affaires est réalisable financièrement et dans un délai raisonnable et mon plan de financement est soutenable alors que mon plan de trésorerie n'est pas soutenable en terme de délai *(j'ai les moyens de mes ambitions mais les délais jouent contre moi)*
- Scénario ***"On ne Vit que Deux Fois" :*** Mon plan d'affaires est réalisable dans un délai raisonnable

mais mon plan de financement et mon plan de trésorerie ne sont pas soutenables, financièrement et en terme de délai *(je n'ai pas les moyens de mes ambitions)*

- Scénario *"La Mort aux Trousses"* : Mon plan d'affaires n'est pas réalisable en particulier parce que les délais me manquent pour mettre en place mes décisions stratégiques et je n'ai plus les marges de manœuvre suffisantes *(j'ai épuisé mes ressources pour envisager des ambitions soutenables)*

4. QUELLES RECONFIGURATIONS ENVISAGER POUR MON ENTREPRISE ?

Si je peux envisager un scénario "La Dolce Vita", alors mon projet d'entreprise doit permettre à mon entreprise de remettre rapidement la tête hors de l'eau.

■ Scénario "Les Choses de la Vie"

Si mon projet d'entreprise n'est pas réalisable à cause d'un problème de temps ou de délais alors que je pourrais avoir les marges de manœuvre financières, je devrai prendre la décision de reformater mon projet d'entreprise pour le rendre opérationnel dans un délai plus court.

Si malgré cela je dois faire le constat d'un scénario "Les Choses de la Vie", il me faut envisager des solutions visant à me donner de nouvelles marges de manœuvre en termes de ressources nouvelles ou de délais nouveaux.

- Les voies de solution concernent :
- Les licenciements
- L'arrêt ou la cession d'une ou plusieurs activités déficitaires
- La rupture ou la renégociation de contrats
- Le lease back immobilier
- La cession d'actifs non nécessaires à la poursuite de l'activité
- La recherche de concours financiers garantis par les actifs dont je dispose
- Etc...

Si ces solutions ne suffisent pas, ou si je n'ai ni moyens ni la volonté d'envisager ces voies de solutions, je peux alors me tourner vers le Tribunal de commerce pour trouver un outil adapté.

Les solutions de MANDAT AD HOC ou de CONCILIATION seront celles que j'envisagerai.

Dans le MANDAT AD HOC, il s'agit simplement d'atermoyer et/ou de consolider certaines dettes : Trésor Public, Caisses sociales, fournisseurs, banques.

Dans la CONCILIATION, il s'agit là aussi de consolider et/ou d'atermoyer le remboursement de certaines dettes, comme dans le Mandat ad hoc, avec néanmoins la possibilité d'apporter de "l'argent frais", qui bénéficiera du privilège de conciliation, si l'accord trouvé avec ces apporteurs de capitaux est "homologué" par un jugement du Tribunal et pas seulement "constaté" par une ordonnance du Président du Tribunal.

Nota Bene : cette disposition ne bénéficie pas aux capitaux apportés par les actionnaires (même si elle bénéficie en revanche aux apports en compte courant).

■ Scénario "On ne Vit que Deux Fois"

Si mon projet d'entreprise n'est pas réalisable à cause d'un problème de ressources financières alors que je pourrais avoir les marges de manœuvre en termes de temps ou de délais, je devrai prendre la décision de reformater mon projet d'entreprise pour le rendre opérationnel (voir schéma précédent)

en mettant en jeu le maximum nécessaire de ressources financières.

Si j'estime que cette reconfiguration est trop risquée sans aide extérieure, je peux alors me tourner vers le Tribunal de commerce pour trouver une solution judiciaire.

La solution de SAUVEGARDE sera certainement celle que j'envisagerai.

En effet, cette procédure est demandée par le seul dirigeant en anticipation de ses difficultés, pour permettre la reconfiguration de son entreprise, dans la perspective de présentation d'un plan de sauvegarde.

Cette procédure implique que l'entreprise ne soit pas en cessation des paiements, même si elle organise la cessation des paiements avec le gel des dettes.

Elle ne permet pas le financement des salaires arriérés, nés avant le jugement d'ouverture de la procédure, par l'AGS, mais seulement des indemnités de licenciement avec un remboursement prévu dès l'acceptation du plan de Sauvegarde par le Tribunal, sauf accord négocié avec l'AGS.

■ Scénario "La Mort aux Trousses"

Si malgré le reformatage de mon projet, ce sont les impasses financières qui subsistent et à une échéance relativement rapide, je devrai alors me résoudre à envisager une procédure de REDRESSEMENT JUDICIAIRE auprès du Tribunal de commerce.

Cette procédure est demandée par le dirigeant s'il est en cessation des paiements et s'il souhaite reconfigurer son entreprise pour présenter un plan par continuation.

Elle permet le financement par l'AGS des salaires acquis avant le jugement, ce qui est une aide financière importante lorsqu'on est en difficulté.

Elle permet aussi le financement par l'AGS de toutes les sommes dues aux salariés licenciés (préavis, congés payés, primes, indemnités de licenciement).

Le remboursement intervient :

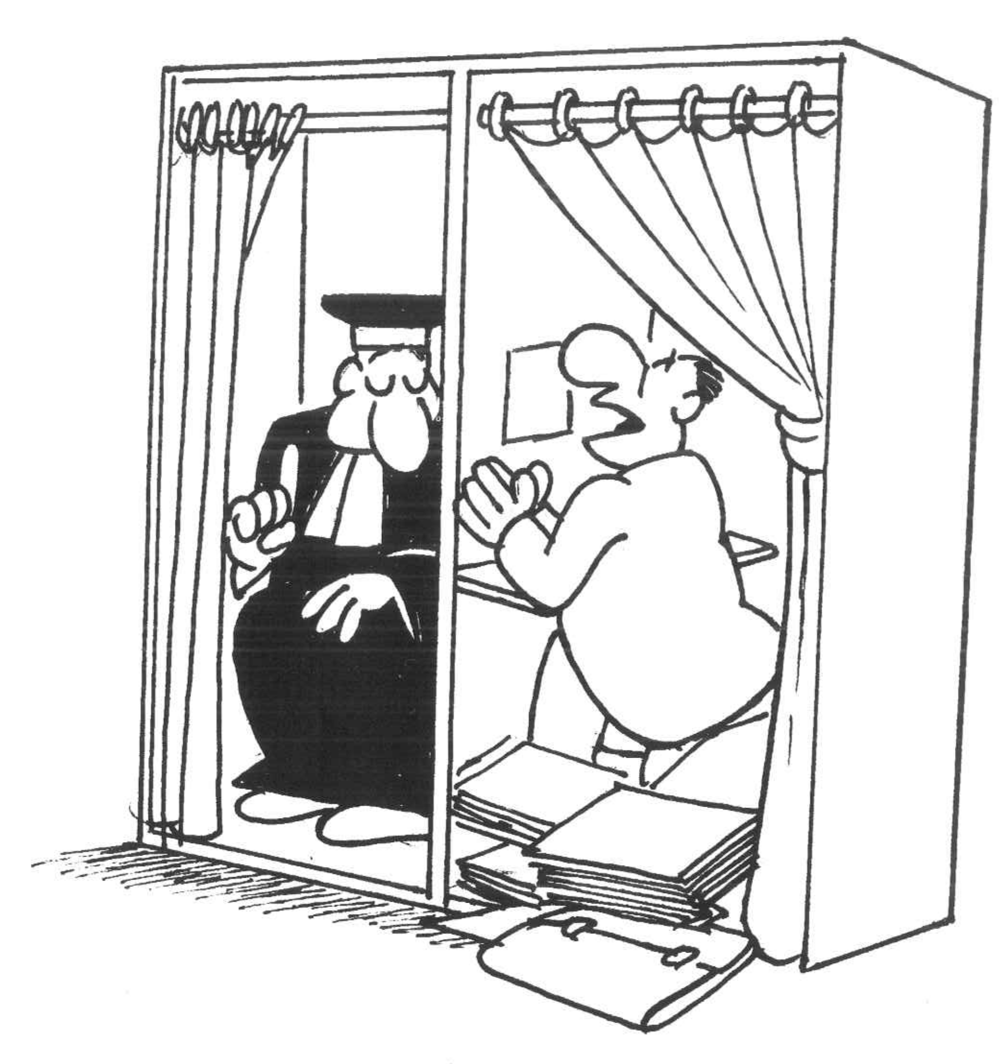
- *Pour le superprivilège : dès l'homologation du plan par continuation*
- *Pour le privilège des salaires : selon les modalités du plan avec des délais pouvant aller jusqu'à 10 ans sans intérêts.*

Telles sont les principales situations dans lesquelles peut se trouver le chef d'entreprise.

Mais recourir à ces outils ne va-t-il pas lui faire perdre son crédit dans tous les sens du terme ?

Répondre à cette question, c'est poser la question de la confidentialité des procédures.

CONFIDENTIALITÉ...



DuBouillon

Chapitre 4

LA CONFIDENTIALITE

Edouard BERTRAND, *Avocat au Barreau de Lyon - Cabinet LAMY-LEXEL, délégué du Conseil de l'Ordre.*
Philippe GENIN, *Avocat au Barreau de Lyon, Cabinet LAMY & Associés, ancien Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Lyon*
Bernard FLEUR, *Président de Chambre au Tribunal de Commerce de Lyon*

S'il est facile de vanter les performances de son entreprise, communiquer sur ses défaillances est beaucoup plus délicat.

La confidentialité sur le traitement des difficultés prend une importance essentielle pour le dirigeant.

Elle permet de passer ce cap difficile :

- sans perdre de crédit à l'égard de ses partenaires,
- sans se faire attaquer par ses concurrents,
- sans provoquer de choc au sein des salariés.

Mais cette confidentialité n'est pas garantie. Selon l'état de l'entreprise, ce secret peut être absolu, devenir une simple discrétion relative... ou carrément disparaître et se transformer en informations diffusées publiquement.

Quelle est la ligne de démarcation entre la publicité et la confidentialité ?

Cela dépend de la solution qui sera retenue parmi les 5 que prévoit l'arsenal législatif : mandat ad hoc, conciliation, sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation judiciaire *(voir schéma récapitulatif en fin de chapitre).*

Retenons simplement que s'il s'agit de l'une deux mesures préventives non judiciaires *(mandat ad hoc et conciliation)* qui se règlent conventionnellement par la signature d'un protocole d'accord entre le débiteur et ses principaux créancier, la confidentialité sera la règle.

S'il s'agit en revanche d'une des trois mesures judiciaires dites de « **procédure collective** » *(Sauvegarde, Redressement et Liquidation Judiciaire),* alors la règle est au contraire celle de la publicité. Tous les créanciers, fournisseurs, salariés... soumis à un traitement égalitaire, doivent être informés.

Cette distinction majeure milite en faveur du choix des mesures préventives et donc du déclenchement du traitement des difficultés suffisamment tôt. Elles exigent en effet que l'entreprise ne soit pas en cessation des paiements *(mandat ad hoc)* ou depuis peu de temps *(moins de 45 jours pour la conciliation).*

1. LES INFORMATIONS ÉCHANGÉES « EN AMONT » AVEC LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE.

S'agissant d'une phase de prévention et de détection, exercée « **en amont** » par le Président du tribunal de commerce ou par un juge qu'il délègue, les entretiens auxquels les dirigeants sont invités sont strictement confidentiels.

Le procès verbal établi se limite à mentionner la date et l'heure du rendez vous, les personnes présente. Il ne retrace pas le contenu des échanges.

Le dirigeant est ainsi assuré qu'il peut évoquer librement la situation de son entreprise.

En revanche, le Président du Tribunal dispose d'un droit de communication directe auprès du commissaire aux comptes ou des administrations publiques auquel on ne peut résister en opposant la confidentialité des informations sollicitées.

Enfin, le Président du Tribunal peut être alerté par différentes sources à propos de problèmes que connaît l'entreprise :

- alertes du commissaire aux comptes, des salariés ou des représentant du personnel,
- informations du greffe du tribunal portant des inscriptions de privilèges, injonctions de payer, assignations en paiements...
- actions des administrations publiques ou des organismes de sécurité sociale.

En aucun cas ces informations ne peuvent être divulguées par le Président du Tribunal.

2. LES INFORMATIONS ÉCHANGÉES LORS D'UN MANDAT AD HOC

Cette phase bénéficie d'une confidentialité absolue.

C'est l'un de ses atouts principaux *(outre celui de l'absence de durée maximum)*.

Le Président du Tribunal ouvre le mandat ad hoc en rendant une ordonnance, suite à la requête que lui ont présenté le dirigeant et son conseil.

Cette ordonnance n'est pas publiée, ni au BODACC, ni dans un journal d'annonces légales.

Si le greffe du tribunal a connaissance de cette ordonnance, elle n'est pas mentionnée au Kbis.

Le mandataire ad hoc effectue la mission qui lui a été confié par l'ordonnance. Il entre en contact avec les personnes concernées, notamment les principaux créanciers, qu'il convoque pour entamer les discussions.

Il leur rappelle le principe posé par la loi : « ***Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation, à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance, est tenue à la confidentialité*** ».

Cette obligation engage la responsabilité de celui qui violerait cette confidentialité à l'égard l'entreprise, qui serait victime des effets préjudiciables d'une divulgation de sa procédure de mandat ad hoc.

Ainsi, les créanciers doivent-ils conserver une discrétion absolue sur les échanges, les négociations et l'accord auquel aboutit ce mandat ad hoc.

L'objectif consiste à ne pas ébranler la confiance des autres partenaires de l'entreprise, notamment pour conserver un crédit fournisseur intact et ne pas subir une décotation des assureurs crédit.

Enfin, le protocole d'accord du mandat ad hoc ne fait l'objet que d'un rapport de fin de mission du mandataire ad hoc au Président du tribunal et n'est connu que de lui.

La confidentialité est ainsi garantie jusqu'au terme de cette procédure.

3. LES INFORMATIONS ÉCHANGÉES LORS D'UNE CONCILIATION.

S'agissant d'une mesure de prévention des difficultés, la conciliation connaît un régime de confidentialité proche de celui du mandat ad hoc.

Le conciliateur est désigné par ordonnance du Président du Tribunal dans les mêmes circonstances de confidentialité puisque cette décision ne fait l'objet d'aucune publicité.

Toutefois, avant d'ouvrir la conciliation, le Président peut :

- solliciter un expert pour établir une situation économique, sociale et financière de l'entreprise,
- obtenir tout renseignement des établissements bancaires ou financiers de nature à lui donner une exacte information sur sa situation.

Par ailleurs, l'ordonnance désignant le conciliateur est communiquée au ministère public (Procureur) et au commissaire aux comptes, si l'entreprise est soumise au contrôle légal de ses comptes.

Mais la principale différence relative à la confidentialité entre le mandat ad hoc et la conciliation tient à la manière dont se termine la conciliation lorsqu'un protocole d'accord est signé avec les principaux créanciers.

- Soit le protocole de conciliation signé entre le débiteur et ses créanciers est constaté par le Président du Tribunal : dans ce cas, il rend une ordonnance qui constate leur accord et le rend exécutoire. Cette ordonnance ne fait l'objet d'aucune publication.
- Soit le protocole est homologué par le tribunal à la demande du débiteur : dans ce cas, le secret de la conciliation est ébréché car cette phase implique une audience devant le tribunal, à laquelle non seulement les parties aux protocole sont présentes mais également, le ministère public et surtout les représentants du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel qui peuvent prendre connaissance de l'accord au greffe du tribunal.

  Enfin, le jugement d'homologation est déposé au greffe ou tout intéressé peut en prendre connaissance. Il fait l'objet d'une publication.

On le voit, la conciliation homologuée est révélée publiquement à son issue.

Cet inconvénient de l'homologation est néanmoins limité et compensé par ses avantages :

- il est limité parce que l'homologation est l'ultime étape qui établit que la conciliation a réussi et que l'entreprise retrouve une pérennité, grâce à l'accord conclu entre elle et ses créanciers.
- les avantages de l'homologations sont réels : elle octroie le privilège légal de conciliation pour les créanciers qui auraient accordé dans l'accord de l'argent frais (new money) ou qui auraient fourni de nouveaux biens ou services. Souvent ce sont ces créanciers qui exigent cette homologation.

  Cette homologation empêche que, ultérieurement, en cas de difficultés nouvelles, le dirigeant voie sa responsabilité recherchée pour une poursuite abusive de son activité.

  Elle consolide la gestion antérieure et empêche que l'on vienne remettre en cause les engagements contractuels pris avant la phase de conciliation.

  Enfin, pour le dirigeant qui se serait porté caution des engagements de l'entreprise, l'homologation lui permet de bénéficier des remises et des délais accordés par les créanciers dans le cadre du protocole de conciliation.

Dans la pratique, le plus souvent, la conciliation est simplement constatée.

L'homologation de la conciliation a l'inconvénient de la rendre publique, même si elle présente des intérêts non négligeables.

4. LES INFORMATIONS ÉCHANGÉES LORS DE LA SAUVEGARDE, DU REDRESSEMENT JUDICIAIRE ET DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE.

S'agissant de procédures dites « collectives », elles sont publiques.

Elles sont ouvertes par un jugement du tribunal qui fait l'objet d'une publicité au BODACC et dans les journaux d'annonces légales.

Les audiences devant le tribunal se tiennent en chambre du conseil : elles ne sont pas ouvertes ni au public, ni à la presse.

A l'audience, sont présents le dirigeant, le Ministère public et les représentants du personnel. Pour la désignation de ceux-ci, le greffe avise le dirigeant qu'il doit réunir le CE ou, à défaut, les délégués du personnel, pour faire désigner les personnes habilitées à être entendues par le tribunal et à exercer les voies de recours. Le secrétaire du CE ou a défaut, les délégués du personnels reçoivent copie de cette lettre du greffier au dirigeant.

Le tribunal peut décider d'entendre toute personne dont l'audition lui semble utile.

Un juge peut être commis par le tribunal, avant l'ouverture de la sauvegarde, du redressement ou de la liquidation judicaire, pour faire un rapport sur la situation économique, sociale et financière de l'entreprise. Ce rapport, déposé au greffe, est accessible aux représentants du personnel.

Le jugement ouvrant la procédure est transmis par le greffe au trésorier payeur général du département du siège de l'entreprise ou de celui de son principal établissement.

Les créanciers inscrits dans le dossier déposé au tribunal sont invités par le mandataire judiciaire à déclarer leur créance au passif dans le délai légal.

Dans la limite de cinq, les créanciers peuvent se faire désigner aux fonctions de contrôleur. Il s'agit d'assister le mandataire et le juge commissaire chargé par le tribunal du suivi du dossier. Ils peuvent avoir accès à toutes les informations dans le cadre de la procédure. La loi précise néanmoins qu'ils sont « tenus à la confidentialité ». Dans les faits les informations qu'ils obtiennent sont précieuses et la confidentialité, mise à mal.

La connaissance des ces mesures de sauvegarde de redressement ou de liquidation judiciaire sont donc généralisées. C'est précisément le but.

Schéma récapitulatif de la confidentialité des mesures de traitement des difficultés

D'une confidentialité absolue ■ à une publicité totale □

Entretiens de prévention au TC	Mandat Ad hoc	Conciliation constatée	Conciliation homologuée	Sauvegarde	Redressement Judiciaire	Liquidation Judiciaire

Chapitre 5

LA MAITRISE DE LA GESTION DE L'ENTREPRISE

Bruno SAPIN, *Administrateur Judiciaire*
Jean-Paul COQUARD, *Avocat au Barreau de Lyon, ancien Président de Chambre au Tribunal de Commerce de Lyon*

Le chef d'entreprise en difficulté, contrairement à l'idée qu'il pourrait s'en faire a priori, n'est pas nécessairement dépossédé de ses prérogatives si ses difficultés l'amènent devant le Tribunal de Commerce.
Le Tribunal dispose en effet, aux termes de la loi de sauvegarde, d'outils adaptés au degré de difficultés qu'il rencontre.
Plus il saura traiter ses difficultés en amont, plus le Tribunal pourra lui venir en aide en lui garantissant la conservation du contrôle de son entreprise.

1. MANDAT AD HOC ET CONCILIATION

Dans ces deux cas de figure dont l'initiative revient au chef d'entreprise, l'objectif n'est autre que de trouver un accord plus ou moins formalisé ou officialisé, sous la houlette d'un médiateur.

Non seulement les dirigeants conservent l'entière maîtrise de leur entreprise, mais ils sont libres à tout moment de renoncer à trouver un accord.

Ceci est également valable pour la conciliation demandée alors que l'entreprise est déjà en état de cessation de paiement depuis moins de 45 jours.

S'ils pensent que cela peut leur faciliter les choses, les chefs d'entreprise ont la possibilité de proposer le nom d'un mandataire ad hoc ou d'un conciliateur.

A noter toutefois que, pour être validé, un accord en mandat ad hoc ou en conciliation suppose que l'entreprise ne soit pas, ou plus, en état de cessation des paiements du fait de l'accord trouvé.

Si elle l'était, le dirigeant devrait alors demander le redressement judiciaire ou la liquidation, avec le risque cette fois de se voir au moins en partie dépossédé de ses pouvoirs.

2. SAUVEGARDE

Le législateur a entendu rendre plus attractive la procédure de sauvegarde, instituée dans le souci de préserver à la fois les intérêts de l'entreprise et ceux du chef d'entreprise.

Le principe est que l'administration de l'entreprise reste assurée par le dirigeant qui est le seul à pouvoir initier la procédure.

Il est en droit, pendant la procédure, de céder tout ou partie de ses titres sociaux et ne peut en être dépossédé.

Il peut également seul décider en cours de procédure la cessation partielle d'activité ou la vente partielle d'une activité.

Sa capacité d'initiative ne peut être restreinte que par la nomination d'un Administrateur Judiciaire qui n'est pas obligatoire pour les entreprises dont le chiffre d'affaires est inférieur à 3 millions d'euros et le nombre de salariés inférieur à 20.

Certes, le plus souvent le Tribunal désignera un Administrateur auquel il confiera une mission de simple surveillance, plutôt qu'une mission d'assistance qui implique un contrôle plus étroit.

Mais même dans cette hypothèse, le dirigeant garde la main puisque c'est à lui que revient, avec le concours de l'Administrateur, de présenter le projet de plan.

Il est à noter aussi qu'il a la possibilité de réaliser lui-même l'inventaire des biens, sauf s'il préfère qu'il soit recouru à un Commissaire-priseur et qu'il peut proposer, au début de la procédure, le nom de l'Administrateur Judiciaire.

Même en présence d'un Administrateur, le dirigeant seul peut se voir autoriser par le Juge Commissaire faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou à compromettre ou transiger.

En définitive, qu'un Administrateur soit nommé ou non, le dirigeant n'est jamais dépossédé de ses prérogatives et l'esprit de la sauvegarde postule que l'Administrateur travaille en bonne intelligence avec lui.

En cas d'échec de la sauvegarde, le dirigeant a l'initiative de la conversion éventuelle de celle-ci en redressement judiciaire.

3. REDRESSEMENT JUDICIAIRE

Le chef d'entreprise, contrairement au mandat ad hoc, à la conciliation ou la sauvegarde, n'est plus le seul à pouvoir initier la procédure, qui peut l'être par un créancier, le Parquet ou le Tribunal lui-même sur saisine d'office.

Il sera ensuite plus encadré qu'en sauvegarde.

Même si cela reste possible, il sera rare qu'aucun Administrateur ne soit désigné, et lorsqu'il le sera, il aura une mission d'assistance dans la gestion ou pour certains actes de gestion seulement.

Dans les rares cas où le chef d'entreprise sera considéré comme incapable, l'Administrateur peut même être chargé d'administrer seul l'entreprise.

Un Commissaire-priseur est obligatoirement nommé pour réaliser l'inventaire des biens et la prisée, laquelle est absente de la procédure de sauvegarde.

Contrairement à ce qui se passe en sauvegarde, le dirigeant ne peut pas céder librement ses droits sociaux.

Le dirigeant est également exposé même si cela est peu probable à la faculté donnée au Tribunal, à tout moment de la période d'observation, d'ordonner la cessation partielle d'activité.

Le Tribunal peut également ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le chef d'entreprise est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement.

4. LIQUIDATION JUDICIAIRE

En liquidation judiciaire, le dirigeant se trouve purement et simplement dessaisi puisque l'entreprise est destinée à être liquidée par un Mandataire liquidateur qui devient le seul maître à bord.

Le concours du dirigeant est néanmoins requis, notamment pour trouver la solution de cession de certains actifs, et encore plus s'il s'agit d'une solution de cession globale.

On peut distinguer deux grands aspects dans la maîtrise de l'entreprise : les décisions stratégiques et les décisions de gestion quotidienne

■ Les décisions stratégiques

Deux types de décisions sont possibles :

- La reconfiguration de l'entreprise (dont licenciements)
- La recherche de partenaires

Mandat ad hoc :

Il n'y a aucun dessaisissement, le Mandataire ad hoc étant un miroir pour le chef d'entreprise.

Conciliation :

Il n'y a aucun dessaisissement du chef d'entreprise, comme dans le mandat ad hoc.

Néanmoins, lors de l'homologation éventuelle de l'accord par le Président du Tribunal ou par le Tribunal, le Conciliateur donne un avis qui porte sur 3 aspects :

- Le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin
- Les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'entreprise
- L'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires.

Sauvegarde :

Deux missions confiées par le Tribunal à l'Administrateur Judiciaire sont possibles : soit une mission d'assistance, soit une mission de surveillance

L'esprit de la loi implique néanmoins que la mission de l'Administrateur judiciaire soit plus une mission de surveillance que d'assistance.

Pour la reconfiguration de l'entreprise :

Il s'agit en réalité d'une décision prise en commun avec le dirigeant.

Les licenciements économiques suivent la procédure normale identique à celle des entreprises "in bonis".

Il n'y a pas d'autorisation nécessaire du Juge commissaire.

Les lettres de licenciement sont cosignées par le chef d'entreprise et l'Administrateur.

Pour la recherche de partenaires

C'est le chef d'entreprise qui en garde la maîtrise pendant la période d'observation.

Il peut rechercher un repreneur, s'il en sent le besoin, pour une cession de tout ou partie de son capital ou pour une cession partielle de son fonds de commerce.

Redressement judiciaire

Pour la reconfiguration de l'entreprise

Comme dans la Sauvegarde, il s'agit d'une décision prise en commun avec le dirigeant.

Les licenciements économiques suivent la procédure accélérée, raccourcissant les délais à 1 mois environ.

Une autorisation du Juge Commissaire est nécessaire.

Les lettres de licenciement sont en pratique co-signées par le chef d'entreprise et l'Administrateur Judiciaire, mais la signature de l'Administrateur est indispensable.

Pour la recherche de partenaires

La participation du chef d'entreprise est essentielle sur ce point.

Néanmoins, juridiquement, c'est l'Administrateur Judiciaire qui est le "pilote" de cette opération de recherche de partenaires ou de repreneurs : élaboration du dossier de présentation, publicités, discussions et négociations.

La décision appartient en dernier ressort au Tribunal qui accepte ou non la cession et choisit le repreneur parmi tous les candidats qui lui sont présentés, selon les 3 critères :

- Pérennité de l'entreprise
- Sauvegarde de l'emploi
- Intérêts des créanciers

après avoir consulté toutes les parties et notamment le chef d'entreprise.

Liquidation judiciaire

Le dessaisissement du dirigeant est total, même si la participation du chef d'entreprise est essentielle dans la recherche d'une solution de cession globale, comme dans le Redressement Judiciaire.

En revanche, dans l'hypothèse d'une dispersion des actifs, le rôle du dirigeant devient très marginal.

Les décisions de gestion quotidienne

Mandat ad hoc

Il n'y a aucune intervention du Mandataire ad hoc.

Conciliation

Comme pour le mandat ad hoc, il n' y a aucune intervention du Conciliateur.

Sauvegarde

Les paiements

Il convient de distinguer si la mission de l'Administrateur judiciaire est une mission d'assistance ou de surveillance (voir commentaires plus haut) pour tous les règlements faits pendant la période d'observation.

Il n'y a pas de cosignature dans la mission de surveillance.

Les contrats en cours et les revendications

Le dessaisissement juridique existe au profit de l'Administrateur judiciaire, même si la décision de poursuivre ou non un contrat en cours est prise conjointement par le chef d'entreprise et l'Administrateur.

Ainsi :

- l'Administrateur décide de la poursuite des contrats (les contrats de crédits-bails, mobiliers et immobiliers, les baux, les locations...)
- l'Administrateur gère les revendications, les réserves de propriété, les restitutions d'actifs, les paiements préférentiels de certaines créances, sous le contrôle du Juge Commissaire.

Redressement Judiciaire

Les paiements

La distinction est la même entre l'assistance et la surveillance avec la faculté supplémentaire pour le Tribunal de décider de donner à l'Administrateur Judiciaire tous les pouvoirs d'administration, ce qui entraîne le dessaisissement total du débiteur.

Les contrats en cours et les revendications

La situation est la même que dans la Sauvegarde.

Liquidation Judiciaire

Le dessaisissement est total, le Liquidateur ayant seul la possibilité de poursuivre certains contrats en cours (ex : baux commerciaux), pour les seuls besoins de la liquidation et dans l'intérêt des créanciers.

De plus, si l'entreprise fait plus de 3 M€ de chiffre d'affaires ou emploie plus de 20 salariés, la désignation d'un Administrateur Judiciaire est obligatoire pendant la période de poursuite d'activité décidée par le Tribunal, dont la fonction est d'administrer l'entreprise en liquidation et de rechercher d'éventuels repreneurs.

En conclusion, on peut dresser un tableau de l'importance du dessaisissement dans chacune des procédures, selon l'échelle de 0 à 4 :

	Décisions stratégiques	Décisions de gestion
Mandat ad hoc	0	0
Conciliation	0. si ordonnance de constat 1. si jugement d'homologation	0
Sauvegarde	1. si surveillance 2. si assistance	2. si surveillance 3. si assistance
Redressement judiciaire	3. si surveillance ou assistance 4. si administration totale	2. si surveillance 3. si assistance 4. si administration totale
Liquidation judiciaire	4.	4.

Plus la protection sollicitée est forte, plus le dessaisissement est important.


ALLEZ VOUS POUVOIR FAIRE FACE À VOTRE ENDETTEMENT ?
PAS DE PROBLÈME MON BANQUIER ME SUIT TOUJOURS
DUBouillon

Chapitre 6

L'IMPACT DES DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE SUR L'OCTROI DE CREDIT

Thierry BEZANSON, *Délégué de l'Association Française des Crédits Managers Rhône-Alpes*

1. L'IMPACT DES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE SUR LE CRÉDIT FOURNISSEUR

Il convient de distinguer d'une part la société sous mandat ad hoc ou conciliation, et d'autre part, les entreprises en sauvegarde ou en redressement judiciaire.

■ **L'entreprise a les moyens de son redressement (mandat ad hoc et conciliation)**

Si les difficultés de l'entreprise ne justifient pas une démarche avec gel du passif, autrement dit, si elle considère qu'elle a seule les moyens de son redressement, son crédit fournisseur pourra être maintenu sous certaines conditions.

Selon que la situation financière de l'entreprise sera présumée précaire ou saine par ses partenaires, le crédit fournisseur pourra être maintenu, probablement sous certaines conditions restrictives.

→ **La situation financière de l'entreprise est présumée précaire par ses partenaires.**

Les signes caractéristiques des difficultés d'entreprise perçus par les partenaires commerciaux sont généralement les suivants:

- une détérioration de la régularité des règlements,
- des comptes sociaux en retrait par rapport à l'exercice précédent, ou qui ne sont pas publiés au greffe du tribunal de commerce,
- des inscriptions de privilèges portées par les organismes sociaux et le Trésor Public,
- les incidents bancaires manifestés par des chèques ou des effets de commerce impayés pour des motifs financiers tels que provision insuffisante, demande de prorogation ou échéance contestée,

De façon plus confidentielle, un fournisseur peut être alerté par une réduction de garantie délivrée par son assureur crédit ou par son factor. Celui-ci, en tant qu'établissement bancaire, détient des informations confidentielles sur l'entreprise. Citons pour exemples la cotation de l'entreprise par la Banque de France, les lignes de crédit accordées par les différents établissements financiers et leur taux d'utilisation.

Les sociétés de renseignements commerciaux, tout comme les factors et les assureurs crédit, peuvent émettre des alertes consécutivement à :

- des déclarations de défaut de paiement ou de report d'échéance établis par les assurés, fournisseurs de l'entreprise,
- des dossiers qui leur sont confiés à des fins de recouvrement judiciaire de créances.

Les fournisseurs ont ainsi de nombreux éléments à leur disposition, sans pour autant avoir besoin de questionner l'entreprise, pour moduler leur encours maximum autorisé et les conditions de règlement des factures qu'ils émettent. Plus le fournisseur est organisé, avec une structure de crédit-management et la surveillance de ses clients, plus il est à même de prévenir ces risques d'impayés.

Face à cette situation, qui débouche inévitablement vers une rupture du crédit fournisseur à très court terme et de façon brutale, le dirigeant doit devancer les réactions de ses fournisseurs et les rassurer.

Comment rassurer ses fournisseurs?

La confiance "acheteur-vendeur" a ses limites lorsque le fournisseur est une société importante, notamment dotée d'une équipe crédit qui dispose d'un pouvoir décisionnaire étendu. Le vendeur est ainsi le relais inconfortable entre les clients et sa direction financière ; il disposera d'une petite marge de manœuvre.

Un rendez-vous conjoint du chef d'entreprise avec son fournisseur stratégique, représenté par son responsable commercial local et son crédit manager, est probablement le meilleur moyen de faire évoluer favorablement les relations.

Le dirigeant doit être le plus transparent possible car son fournisseur a certainement déjà obtenu des informations sur sa santé financière. Inutile de nier les difficultés, il est préférable de démontrer que les faiblesses sont identifiées et que les moyens d'y faire face sont engagés.

Le fournisseur a besoin d'être rassuré par des chiffres. Ainsi, les derniers comptes annuels sont à compléter par une situation intermédiaire récente. Un focus sur quelques points pourra utilement mettre en évidence l'origine des difficultés et démontrer l'efficacité attendue des mesures prises. Les tableaux établis par l'expert comptable ou certifiés par le commissaire aux comptes sont essentiels. Il faut utiliser avec beaucoup de prudence les présentations de type "Power Point" ou les états trop approximatifs.

Pour appuyer les actions envisagées par le dirigeant, la communication d'un budget prévisionnel est possible, sous réserve toutefois de communiquer ensuite très régulièrement les situations intermédiaires, dont on peut espérer qu'elles seront en phase avec les prévisions.

Si le fournisseur subit une réduction de ses encours autorisés du fait d'une position restrictive de son assureur de crédit ou de son factor, il va devoir mettre en place une ligne de crédits non couverte, donc engagée dans la société.

La meilleure façon d'obtenir cet engagement est probablement d'y associer le plus grand nombre :

Tout d'abord, s'engager soi-même en prévoyant la reconstitution des fonds propres par augmentation du capital social, la constitution d'un compte-courant d'associé, des cessions d'actifs non stratégiques (terrains, locaux) la mise en place d'un contrat d'affacturage. Toutes ces mesures sont génératrices de trésorerie.

Les banques : le fournisseur sera sensible à ce que les banques accompagnent le dirigeant. Les facilités d'escompte et de cession Dailly consenties, la possibilité d'obtenir des traites avalisées ou des cautions bancaires même sur une partie de l'encours sont très appréciées pour partager le risque.

Ne pas considérer son fournisseur comme un réel partenaire est une erreur à ne pas commettre.

Les deux points qu'il convient par conséquent de retenir sont les suivants:

- conserver soi-même confiance dans l'entreprise : c'est en effet primordial pour la transmettre aux tiers *(les fournisseurs, les banques, les clients, les administrations, les salariés...),*
- être porteur d'un projet,

→ **La situation financière de l'entreprise est présumée saine par ses partenaires**

La démarche est beaucoup plus simple pour le dirigeant, car il n'aura pas à faire la démonstration que les difficultés qu'il éprouve sont passagères.

Dans ce cas, la démarche est à l'initiative du dirigeant qui va demander des facilités de paiement à ses fournisseurs principaux.

Là encore, le dirigeant doit être transparent pour ne pas inquiéter outre mesure ses partenaires. Il peut s'agir d'un simple décalage de trésorerie sans conséquence grave.

Ses exigences doivent toutefois rester raisonnables. Il est ainsi admis qu'un décalage de trente jours soit acceptable sous réserve que le dirigeant puisse remettre à son fournisseur un effet accepté (garantissant ainsi l'exigibilité de la créance), ou qu'il propose un effet endossé. Au-delà de trente jours de report, il faut s'attendre à ce que le fournisseur exige une traite avalisée.

■ **L'entreprise n'a pas les moyens de son redressement et demande la protection du tribunal de commerce (sauvegarde et redressement judiciaire)**

Le fournisseur, s'il est assuré par son assureur crédit ou par son factor, n'a plus de garantie durant toute la période d'observation, mais aussi durant tout ou partie de la période de remboursement des dettes après l'homologation du plan de sauvegarde ou du plan de continuation.

Il va donc devoir évaluer son risque client pour déterminer le nouveau cadre de ses relations commerciales. Il n'y a pas grand-chose à espérer durant la période d'observation. Le règlement pourra être exigé avant la livraison (sur présentation de pro forma), au mieux à réception de facture.

Les crédits managers n'attachent finalement pas grande importance à la nomination d'un administrateur judiciaire pour garantir la bonne exécution de la vente.

Pour retrouver du crédit fournisseur, il est souhaitable que la période d'observation soit la plus courte possible, Si l'entreprise bénéficie d'un plan de continuation à l'issue de la période d'observation, et même si les assureurs de crédit n'accordent toujours pas leur garantie, des possibilités de crédit fournisseurs seront possibles.

Un rendez-vous est tout à fait souhaitable avec le responsable crédit du fournisseur. Cet entretien sera l'occasion de préciser les causes qui sont à l'origine de la défaillance, les moyens mis en œuvre pour assurer l'entreprise, les modalités de remboursement du passif et le montant annuel des achats prévus auprès du fournisseur.

Celui-ci pourra ouvrir une ligne de crédit, certes avec un délai de paiement souvent réduit à trente jours et de faible montant, ainsi qu'un mode de paiement imposé (prélèvement, traite non soumise à l'acceptation, ...). Au fil du temps, avec la communication des situations intermédiaires et les comptes sociaux, la ligne de crédit pourra être au niveau des approvisionnements avec un délai de paiement neutre sur le besoin en fonds de roulement.

Cet objectif peut être atteint au bout de deux à trois années :

- après reconstitution des fonds propres,
- retour durable aux profits d'exploitation,
- et parfaite régularité des paiements aux fournisseurs.

On le voit bien, le crédit fournisseur dépend presque totalement de la capacité du dirigeant à communiquer avec ses partenaires avec une grande intégrité à respecter à la lettre les nouveaux engagements qu'il prend et à s'y associer personnellement avec le soutien de ses banques.

Les aides de l'état

Compte tenu du désengagement massif des assureurs crédit depuis le second semestre 2008, consécutif à la crise économique et financière mondiale, le gouvernement a mis en œuvre le complément d'assurance crédit public CAP et CAP+

→ **Le CAP**

Mis en œuvre fin 2008, et complété par le Décret no 2009-246 du 3 mars 2009, le CAP à pour objet de se substituer aux assureurs-crédits pour la part des risques qu'ils ne veulent plus prendre en totalité.

Le complément de garantie apporté par l'Etat, baptisé complément d'assurance crédit public (CAP), s'applique lorsque l'assureur-crédit d'une entreprise décide de diminuer le montant de sa garantie ou lorsqu'une entreprise nouvellement assurée ne peut obtenir de son assureur-crédit le montant de garantie souhaité.

Ainsi, pour la part des créances que les assureurs-crédits considèrent comme difficilement assurables, l'Etat prend en charge 50 % du montant garanti, l'assureur-crédit en conservant 50 %.

→ **Le CAP +**

Défini par Décret no 2009-527 du 12 mai 2009, le fonds de sécurisation du crédit interentreprises a pour mission de couvrir par le CAP+ les garanties que les assureurs crédits délivrent à un fournisseur contre le risque de non-paiement de ses encours de crédit client, lorsque :

- le fournisseur garanti a reçu une notification de cessation de garantie sur un client donné ;
- le fournisseur garanti ou sollicitant une garantie a reçu une notification de refus de garantie sur un client donné.
- Le fonds ne couvre un risque donné que pour autant que la probabilité de défaut, à un an associée, telle qu'évaluée par l'assureur-crédit à la date de souscription de la garantie, se situe dans une fourchette de 2 à 6 %. Autrement dit, pour obtenir de bonnes conditions de paiement des fournisseurs, il est essentiel que l'entreprise ait bien anticipé ses difficultés.

La mise en application de ces deux dispositions est optionnelle ; les assureurs crédits ont toutefois obligation de les proposer à leurs assurés. Le fournisseur doit souscrire un avenant contractuel avec son assureur crédit et les lignes de crédit ainsi assurées supportent un coût additionnel.

- Ces mesures gouvernementales présentent un caractère transitoire et seront susceptibles d'évoluer.

2. L'IMPACT DES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE SUR LE CRÉDIT BANCAIRE

L'entreprise en conciliation

→ **Le privilège de la conciliation**

La loi de sauvegarde de 2005 instaure un privilège, dit de « new money », qui bénéficie à ceux qui consentent un nouvel apport en trésorerie pour assurer la poursuite de l'activité. Ce privilège est conditionné à une demande d'homologation de l'accord de conciliation par le tribunal.

Ce privilège peut aider le chef d'entreprise à obtenir de nouveaux crédits.

Il convient de préciser que, tant dans l'esprit de la loi et des travaux parlementaires, que de la doctrine, la notion de « nouvel apport en trésorerie » recouvre tout concours financier nouveau et non

uniquement les concours à court terme.

En revanche sont exclus du privilège de conciliation les accords portant sur des concours consentis antérieurement, que ces accords aient pour objet l'octroi de délais de paiement, ou même de réduction de la créance.

Les apports en compte courant sont protégés par le privilège de conciliation alors que les souscriptions aux augmentations de capital en sont exclues.

Lorsqu'un accord est conclu entre le débiteur et ses créanciers ou ses cocontractants habituels, cet accord peut faire l'objet, soit d'un constat par le Président du Tribunal de Commerce, soit d'une homologation par le tribunal de commerce statuant en chambre du conseil.

Pour bénéficier du privilège de conciliation, il faut que celui-ci soit homologué par le tribunal.

Si la procédure d'homologation est moins discrète (publication du jugement an BODACC) et plus incertaine (faculté pour les juges de refuser d'homologuer l'accord) elle est néanmoins indispensable pour que le créancier puisse bénéficier du privilège de conciliation.

Si, à la suite de l'inexécution d'un engagement résultant de l'accord homologué par le tribunal, est prononcée la résiliation de celui-ci et que subséquemment est ouverte une procédure de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaire, les personnes ayant consenti un nouvel apport de trésorerie bénéficient du privilège de la conciliation.

Le bénéficiaire du privilège sera donc payé en priorité avant toutes les autres créances sauf les créances super privilégiées et les frais de justice.

→ Limitation de la responsabilité des banques

La loi dispose que :

"Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisés dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnelles à ceux-ci. "(4)

Ainsi, l'octroi de crédits nouveaux dans le cadre de l'accord de conciliation ne pourra déboucher sauf exception visée par le texte sur aucune action en responsabilité.

Mais qui dit concours bancaire, dit souvent caution du dirigeant.

L'entreprise en sauvegarde ou en redressement

Le jugement d'ouverture de la procédure n'entraîne pas la rupture des concours bancaires, mais il a des conséquences sur les relations de la banque avec l'entreprise en difficulté.

Tout d'abord, la banque souhaite faire un arrêté de compte à la date du jugement d'ouverture pour isoler les opérations nées antérieurement au jugement et pouvoir -le cas échéant - réclamer sa créance entre les mains du mandataire judiciaire.

Pour des raisons pratiques, un nouveau compte est ouvert au nom de l'entreprise en sauvegarde.

Le compte fonctionne sous la double signature du dirigeant de l'entreprise et de l'administrateur judiciaire, si celui-ci a une mission d'assistance.

En revanche, s'il n'y a pas d'administrateur judiciaire ou si l'administrateur judiciaire n'a qu'une mission de surveillance, la signature du dirigeant seul suffira.

(4) Une discussion importante risque de naitre devant les tribunaux sur l'appréciation de la disproportion (notamment dans le cadre de montage financier type LBO).

Enfin, les autorisations de concours accordées par la banque avant l'ouverture de la procédure sont transférées sur le nouveau compte bancaire dans la limite globale (ancien et nouveau comptes) des autorisations existant à la date du jugement prononçant la sauvegarde.

Néanmoins, les administrateurs judiciaires sont prudents sur l'utilisation des autorisations de concours "en blanc", tels que découverts, crédits documentaires, caution ... , car si l'entreprise génère de nouveaux déficits et donc crée de nouvelles dettes pendant la période d'observation, la banque va devenir créancière de la procédure et rencontrera peut-être beaucoup de difficultés pour récupérer sa créance, même en bénéficiant du privilège des nouvelles créances nées postérieurement au jugement.

En revanche, les administrateurs n'hésitent pas à solliciter les banques de l'entreprise pour la poursuite des concours "auto-liquidatifs", tels que la cession de créances dans le cadre de la loi Dailly, l'escompte de papier commercial ou en recourant à la technique du "factoring".

Quant au financement des éventuels investissements, il est très difficile en période d'observation car les établissements financiers hésitent à financer une entreprise en difficulté, sans avoir de certitude sur l'issue de la procédure.

Ils attendront donc l'homologation éventuelle du plan de sauvegarde ou du plan par continuation pour prendre parti, même s'ils peuvent bénéficier d'un privilège pour ces nouveaux concours accordés pendant la période d'observation.

Le partage du risque par les trois tiers prend ici toute son importance pour faciliter le redressement de son entreprise.

■ Les aides des pouvoirs publics - OSEO

Etablissement financier public, OSEO s'est doté fin 2008 de moyens importants pour développer de nouvelles missions. Acteur majeur dès lors que la conjoncture économique génère des tensions de trésorerie, OSEO se mobilise en partenariat avec les banques pour que les entreprises obtiennent les financements dont elles ont besoin et puissent poursuivre leur développement.

→ Les fonds **"Renforcement de la Trésorerie"** et **"Lignes de Crédit Confirmé"** sont destinés :
- à consolider à moyen terme les crédits à court terme ;
- favoriser l'octroi de crédits court terme confirmés pour financer l'augmentation du besoin en fonds de roulement.

Cette garantie s'adresse à des entreprises saines rencontrant ou susceptibles de rencontrer des difficultés qui ne sont pas d'origine structurelle.

→ **Avance +**
En complément des autres concours bancaires à court terme, AVANCE + permet sous certaines conditions d'avoir un paiement d'avance de créances clients. Celles-ci étant cédées, à titre de garantie, à OSEO.

Régulièrement mis à jour, le site est consultable à l'adresse : http://www.oseo.fr/

3. LE MEDIATEUR DU CRÉDIT AUX ENTREPRISES

En réponse à la crise financière qui paralyse le système bancaire et impacte aujourd'hui notre économie, le gouvernement a crée en octobre 2008 un nouveau dispositif : la médiation du crédit.

La médiation du crédit poursuit deux objectifs prioritaires :

- Ne pas laisser seule l'entreprise face à ses problèmes de trésorerie ou de financement, et l'aider à trouver des solutions,
- Veiller au respect des engagements pris par les établissements financiers auprès des pouvoirs publics, en contrepartie notamment de la recapitalisation des banques et de l'intervention de la caisse centrale de réassurance pour les CAP et CAP+.

Ce dispositif est ouvert à toutes les entreprises rencontrant des difficultés pour résoudre les problèmes de financement ou de trésorerie sur le site http://www.mediateurducredit.fr/

La médiation du crédit a pour avantage d'être rapide dans la mesure où les établissements financiers ont 5 jours ouvrés pour régler avec l'entreprise les différends qui les opposent (refus d'octroi de crédit, de ligne de découvert, rupture de créances commerciales,...) à compter du jour de l'acceptation du dossier en médiation (dans les 48h suivant la saisine).

La négociation entre la banque et le chef d'entreprise peut aboutir rapidement à des solutions. Toutefois, au-delà des 5 jours ouvrés dont disposent les banques, si aucune évolution de la situation n'est connue, le médiateur intervient auprès des établissements financiers pour identifier et résoudre les points de blocage. Le médiateur propose alors au chef d'entreprise, des solutions de financement émanant de la banque concernée ou d'un autre acteur financier.

Le délai de 5 jours est habituellement respecté dès lors que l'entreprise a conservé ses relations avec ses banques, que le dossier n'est pas trop important et que le nombre d'établissements financiers reste limité.

Le médiateur du crédit est susceptible d'intervenir en recherche de financement ou négociation de l'étalement du règlement de la dette pour des entreprises sous mandat ad hoc, conciliation et sauvegarde.

L'intervention est le cas échéant coordonnée avec celle du mandataire ad hoc, du conciliateur ou de l'administrateur judiciaire.

Le succès de cette intervention repose pour l'essentiel sur la capacité d'influence du médiateur du crédit vis à vis des banques et d'OSEO.

Il n'y pas à ce jour de demande d'intervention de médiateur du crédit sur des sociétés sous sauvegarde, et très peu de dossiers concernent les mandats ad hoc ou les conciliations. Les assureurs crédit sont très réservés en ce qui concerne la sauvegarde, notamment s'ils ont du indemniser des assurés consécutivement au jugement de sauvegarde. Ils sont plus ouverts en ce concerne les procédures de conciliation ou de mandat ad hoc.

Malgré les efforts des pouvoirs publics et la volonté d'aider les entreprises en difficultés, les dispositifs d'aides restent limités par les contraintes du droit européen à la concurrence.

4. CE QU'IL FAUT RETENIR

La procédure de sauvegarde affectera sensiblement le crédit fournisseur, les crédits bancaires d'exploitation et les financements d'investissement,

La conciliation et le mandat ad hoc seront moins pénalisantes en ce sens,

Il est essentiel de ne pas rompre le dialogue avec ses fournisseurs stratégiques et ses banques pour trouver des solutions,

Jouer la transparence et porter un projet pour retrouver la confiance des partenaires,

Si le chef d'entreprise anticipe bien des difficultés à venir, et si son entreprise est structurellement

saine, des solutions existent :

- Financement du poste client par affacturage ou par Avance + d'OSEO,
- Crédit fournisseur maintenu grâce au CAP et au CAP +,
- Ligne de crédits courts termes confirmées par OSEO,

Si l'entreprise n'est pas en cessation des paiements, la saisine de Médiateur du Crédit permet de trouver des solutions de financement alternatives.

Chapitre 7

LE SORT DES GARANTIES DONNEES PAR LE CHEF D'ENTREPRISE

Yves REINHARD, *Avocat au Barreau de Lyon, Cabinet LAMY & Associés, Professeur Agrégé à l'Université LYON III*

Nombre de dirigeants de sociétés garantissent sur leur patrimoine personnel les engagements de l'entreprise qu'ils dirigent, souvent à la demande d'établissements financiers.

Cette garantie prend notamment la forme d'un cautionnement, ou, ce qui revient sensiblement au même, d'un aval apposé sur une traite ; il peut également s'agir de garanties autonomes ou de sûretés plus sophistiquées. Or, selon la jurisprudence, la suspension des poursuites qui résulte généralement des procédures collectives ne s'applique qu'à l'entreprise débitrice et ne bénéficie donc pas au garant, qui n'est pas personnellement assujetti à la procédure.

Pourtant, le sort de ces garanties personnelles est essentiel puisque le chef d'entreprise hésitera naturellement à se soumettre spontanément à la procédure collective qui aurait pour premier effet l'exécution de la sûreté qu'il a donnée ; d'un autre côté, l'intérêt des créanciers qui ont manifesté leur prévoyance ne doit pas être négligé.

Il en résulte des solutions que les textes nouveaux ont voulu aménager à l'avantage des dirigeants qui choisissent les voies de la conciliation ou de la sauvegarde. C'est pourquoi on distinguera les solutions nettement préventives des procédures plus classiques. Il faut auparavant définir les garanties éligibles à ces solutions.

1. LES GARANTIES VISÉES

Les dispositions du Code de Commerce s'appliquent désormais à des situations plus nombreuses que par le passé ; il s'agit en effet d'éviter les manœuvres de contournement parfois tentées par certains créanciers.

C'est pourquoi le Législateur accorde désormais ses faveurs aux *"personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien garanti"*.

• La notion de coobligé regroupe elle-même plusieurs situations, en premier lieu celle des codébiteurs solidaires (par exemple des associés de sociétés en nom collectif) mais aussi l'existence d'engagements conjoints (par exemple des cohéritiers) et plus largement la situation dans laquelle les associés répondent du passif de la société débitrice (associé de société civile).

• Par *"personne ayant consenti une sûreté personnelle"* il faut entendre celle ayant souscrit, en garantie du débiteur, un cautionnement, ou une garantie autonome (encore dénommée garantie à première demande). Il y a lieu d'y ajouter le porte-fort d'exécution (situation dans laquelle une personne garantit l'exécution de son obligation par une autre) et certaines lettres d'intention particulièrement contraignantes. Le cas de la délégation de créance et celui de l'assurance-crédit demeurent plus discutés.

• Restent enfin les personnes ayant affecté ou cédé un bien garanti : cette expression désigne le cautionnement improprement appelé *"cautionnement réel"* c'est-à-dire le cas de celui qui consent une sûreté réelle pour autrui mais aussi la fiducie constituée à titre de garantie.

2. LA CONCILIATION ET LA PROCÉDURE DE SAUVEGARDE

La conciliation et la sauvegarde ont pour objectif principal d'éviter le dépôt de bilan de l'entreprise grâce à l'application de mesures financières propres à éviter la cessation des paiements. C'est pourquoi le Législateur considère ces procédures avec une bienveillance qui est allée croissante ces dernières années.

Parmi les mesures propres à assurer le succès de la conciliation et de la sauvegarde, la question de la garantie donnée par le dirigeant présente évidemment un intérêt pratique essentiel.

C'est pourquoi le Législateur s'efforce de faire bénéficier le garant des mesures (délais ou remises) accordés au débiteur principal, de manière cependant un peu différente dans chacune de ces deux procédures.

■ La conciliation

L'ensemble des garants définis au paragraphe 1er va bénéficier des différentes mesures arrêtées par l'accord de conciliation, qu'il s'agisse d'un accord simplement constaté ou d'un accord homologué. En d'autres termes, les délais et remises accordés au débiteur principal profiteront également au garant défini ci-dessus.

Ces dispositions s'appliquent à tous les garants, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales (par exemple la holding d'un groupe de sociétés).

■ La procédure de sauvegarde

Dans cette procédure, une distinction doit être faite entre les garants personnes morales et les garants personnes physiques : les premiers ne disposent d'aucun avantage tandis qu'un certain nombre de mesures de protection son appliquées aux seconds.

Les garants bénéficiaires des mesures de protection sont les mêmes que dans le cas précédent de la conciliation, c'est-à-dire qu'en bénéficieront les personnes physiques coobligées, celles ayant consenti une sûreté personnelle, celles enfin ayant affecté ou cédé un bien en garantie (voir paragraphe 1).

La première faveur accordée au garant ainsi visé consiste en la suspension de toute action à son encontre jusqu'au jugement qui arrête le plan de sauvegarde ou de redressement ou prononce la liquidation, c'est-à-dire pendant toute la période d'observation. Durant cette période, la garantie constituée ne pourra donc pas être exécutée par le créancier.

Lorsqu'un plan de sauvegarde est effectivement adopté, les dispositions de ce plan sont opposables à tous de telle manière que les garants peuvent se prévaloir des remises de dettes ou des délais de paiement qui pourront avoir été accordés au débiteur principal.

Ces mêmes garants vont également bénéficier de l'arrêt du cours des intérêts et de l'inopposabilité des créances non déclarées pendant la durée d'exécution du plan de sauvegarde.

Ces dispositions confèrent un avantage indiscutable à la procédure de sauvegarde par rapport aux procédures classiques de redressement et de liquidation.

3. LE REDRESSEMENT ET LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

Les garants et le redressement judiciaire

Lorsqu'un plan de redressement est adopté, il est en effet prévu que les garants (&1) ne peuvent pas se prévaloir des dispositions du plan. Ils ne peuvent pas davantage se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts légaux, conventionnels et autres énumérés à l'article L 622-28 du Code de Commerce.

Comme par le passé cependant, les garants personnes physique mentionnés ci-dessus bénéficieront d'une suspension des poursuites jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation.

Les garants et la liquidation judiciaire

Les règles sont les mêmes que dans le cas précédent : la suspension des poursuites s'applique en conséquence jusqu'au jugement de liquidation, les créanciers retrouvant ensuite une totale liberté.

En conclusion, les garants mentionnés ci-dessus disposent d'une situation plus favorable dans les procédures de conciliation et de sauvegarde que dans les procédures de redressement et de liquidation.

Il doit enfin être observé que l'absence de déclaration des créances n'emporte plus désormais extinction de ces dernières ; il en résultera notamment que les créanciers retrouveront toute liberté, dans une telle situation, pour poursuivre la caution, à l'issue de la procédure.

Conclusion :

Il ne faut pas négliger un éventuel effet pervers des procédures de mandat ad hoc, conciliation et sauvegarde.

Comme on l'a vu, seule la procédure de redressement judiciaire permet au créancier d'accorder une remise ou des délais à l'entreprise débitrice sans que pour autant ces remises et ces délais bénéficient à la caution.

On peut dès lors redouter que certains créanciers soient enclins à refuser toute négociation dans le cadre des procédures préventives pour contraindre l'entreprise à aller vers le redressement judiciaire où ils seront mieux garantis. Ce serait pourtant une erreur, car le créancier qui jouera le jeu des procédures de conciliation et de sauvegarde aura de meilleures chances de préserver le solde de sa créance.

4. CE QU'IL FAUT RETENIR

Lorsque le dirigeant est engagé sur ses biens personnels, il lui est plus nécessaire encore d'anticiper les difficultés à venir pour se placer sous le régime de la conciliation ou de la sauvegarde, qui lui offrent une meilleure protection.


VOUS AVEZ MINIMISÉ LE NOMBRE DE CRÉANCIERS
DUBOUILLON

Chapitre 8

QUEL SERA LE SORT DE MES DETTES ?

Gérard LEGRAND, *Avocat au Barreau de Lyon, Cabinet LAMY & Associés*
Bruno SAPIN, *Administrateur Judiciaire*
Bruno WALCZAK, *Mandataire Judiciaire*

Le sort des dettes doit être envisagé sous deux angles distincts, en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire, selon qu'elles sont antérieures ou postérieures au jugement d'ouverture.

Il peut-être également abordé, de manière spécifique, si l'entreprise décide de recourir à une mesure de prévention et a entrepris de solliciter la désignation d'un mandataire ad hoc ou d'ouvrir une procédure de conciliation.

1. PRÉLIMINAIRE : LE SORT DES DETTES DANS LES PROCEDURES DE PREVENTION

Le mandat ad hoc est, dans bien des cas, la « première » des mesures de prévention ; elle n'est toutefois soumise à aucun cadre particulier, si ce n'est à celui qui est défini par l'ordonnance, qui décide de la désignation du mandataire ad hoc.

En effet, il n'existe, dans les textes, aucune disposition qui aurait vocation à régir le sort des dettes en cas de recours au mandat ad hoc ; celui-ci obéit, dès lors, aux principes contractuels et est donc emprunt d'une grande liberté.

La pratique veut, lorsque les parties s'accordent, qu'elles conviennent d'un échéancier, assorti, le cas échéant, d'une remise de tout ou partie des intérêts, voire d'une fraction du principal (selon la nature des dettes, l'activité ainsi que la situation respective des parties).

Il en va un peu différemment, en matière de conciliation, même si l'une est parfois la suite de l'autre et que la mission du conciliateur est également de favoriser la conclusion d'un accord et qu'elle **laisse, au débiteur, le choix :**

- des dettes qu'il veut négocier ;
- des créanciers avec lesquels il veut négocier (banques, créanciers publics, fournisseurs) ;
- ainsi que des solutions envisagées (délais, remise, entrée au capital, apport de trésorerie...).

En effet, la conciliation se distingue du mandat ad hoc, en ce qu'elle permet **un encadrement de la négociation** et que le débiteur pourra solliciter du juge ayant ouvert la procédure, des délais de paiement, lorsqu'il sera poursuivi ou mis en demeure par un créancier au cours de la conciliation.

Il est à noter, par ailleurs, que l'accord, intervenu au cours de la conciliation, pourra faire l'objet d'une constatation par une ordonnance du Président du Tribunal (sans publication) ou d'une homo-

logation par un jugement du Tribunal (publié) et que pendant la période de sa mise en œuvre :

- les créances visées ne peuvent faire l'objet de poursuites individuelles à l'encontre du débiteur, en vue d'en obtenir le paiement ;
- les coobligés et garants du débiteur au titre des créances concernées, peuvent se prévaloir des stipulations de l'accord ;
- les délais impartis aux créanciers signataires pour faire valoir leurs droits relatifs aux créances mentionnées par l'accord sont interrompus.

L'homologation de l'accord présente, en outre, un intérêt particulier pour le créancier, en ce qu'il lui confère un **privilège dit de « new money » ou « d'argent frais ».**

Il permet, ce faisant, aux créanciers ayant effectué, dans le cadre de la conciliation, un apport en trésorerie destiné à favoriser la poursuite de l'activité, d'être, en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective, payés par privilège :

- à toutes les créances antérieures à l'ouverture de la conciliation ;

et

- à toutes les créances postérieures au jugement d'ouverture (sauf pour les créances super privilégiées des salariés et les frais de justice engagés pour les besoins de la procédure).

2. LE SORT DES DETTES, EN CAS DE PROCÉDURE COLLECTIVE

Les créances antérieures

Les « créances antérieures », c'est-à-dire toutes celles qui sont **nées antérieurement au jugement d'ouverture, sont soumises au principe de l'interdiction des paiements** et leur apurement est, sauf exception, décalé dans le temps.

Le gel des créances antérieures

La loi prévoit une interdiction de paiement des créances antérieures, à peine de nullité.

Il existe cependant quelques exceptions à cette règle, tel est le cas pour :

- les créances alimentaires ;
- la compensation entre créances connexes (créances présentant un lien étroit entre elles, par exemple : dettes et créances inscrites dans un même compte, ou résultant d'un même contrat ou d'un ensemble contractuel)
- les dettes antérieures dont le paiement est autorisé par le juge commissaire afin de récupérer des biens ou des droits légitimement retenus (gagés ou faisant l'objet d'un droit de rétention), qui seraient nécessaires à la poursuite de l'activité.

(Etant précisé que le gagiste sans dépossession ne peut exercer son droit de rétention pendant la période de redressement judiciaire, de sorte que le débiteur pourra continuer à utiliser les biens grevés).

Enfin et **sauf pour le cas de la procédure de sauvegarde,** les salaires dus au jour du jugement d'ouverture de la procédure seront pris en charge, dans des conditions légalement définies, par les AGS.

La déclaration des créances antérieures

Les créanciers antérieurs doivent déclarer leur créance auprès du mandataire judiciaire, **afin qu'elle soit prise en compte dans le cadre de la procédure.**

Cette déclaration doit intervenir dans les deux mois de la publication du jugement d'ouverture au BODACC. A défaut, le créancier ne peut plus faire valoir sa créance dans le cadre de la procédure collective.

Ce n'est pas, pour autant, que la créance non déclarée est éteinte ; elle sera déclarée inopposable et aucune poursuite ne sera possible par le créancier négligent, jusqu'à la clôture de la procédure.

Il existe néanmoins des exceptions à cette obligation de déclaration et des tempéraments aux délais, qui sont ainsi imposés.

Ainsi, n'ont pas à être déclarées :

- les créances des salariés ;
- les créances alimentaires.

Et bénéficient d'une procédure plus favorable :

- les créanciers titulaires d'une sureté publiée, qui ont deux mois pour déclarer à compter du jour où ils ont été avertis de la procédure par le mandataire judiciaire ;
- les créanciers domiciliés hors de France métropolitaine, qui ont un délai supplémentaire de deux mois pour déclarer leur créance.

(Toutefois, les créanciers qui n'auraient pas déclaré leur créance pourront, dans les six mois de la publication du jugement d'ouverture, demander à être relevés de leur forclusion à condition que leur défaillance ne soit pas due à leur fait ou qu'elle soit due à une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de la liste de ses créanciers).

Le devenir des créances antérieures

En cas d'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement

Seules les créances déclarées et admises pourront bénéficier des répartitions opérées dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement (plan de 10 ans maximum).

Il est souvent proposé deux possibilités au créancier, au moment de l'élaboration du plan:

- un paiement au comptant, moyennant un abandon partiel de sa créance ;
- un paiement total mais échelonné sur la durée du plan.

Avec néanmoins une exception, en ce que ne peuvent faire l'objet, ni d'une remise, ni de délais :

- la part des créances salariales correspondant à celle couverte par le superprivilège des salariés ;
- les créances de moins de 300 €, dans la limite de 5% du passif total.

En cas de liquidation judiciaire de l'entreprise

Seuls les créanciers ayant déclaré et dont la créance aura été admise, pourront prétendre à une répartition sur le prix de cession des actifs.

Celle-ci a lieu suivant un ordre légalement établi, en fonction de l'origine des sommes à repartir (prix d'un meuble ou d'un immeuble), de la nature et du rang de la créance (superprivilège, privilège, ...).

Si la procédure est clôturée ensuite du désintéressement de tous les créanciers déclarés, ceux qui ne se seraient pas soumis à cette formalité, pourront, à condition que leur action ne soit pas prescrite, agir à nouveau contre le débiteur, aux fins de recouvrer les sommes dues.

En revanche, si la procédure ne permet pas de payer l'intégralité du passif, les créanciers ne recouvrent leur droit de poursuite individuelle à l'encontre du débiteur que dans certains cas et notamment si :

- leur créance résulte d'une condamnation pénale du débiteur ;

- leur créance résulte de droits attachés à leur personne ;
- la faillite personnelle du débiteur a été prononcée ;
- le débiteur a été reconnu coupable de banqueroute ;

(Il est à noter que la caution ou le coobligé qui a payé au lieu et place du débiteur peut également poursuivre ce-dernier).

Les créances postérieures

Les créances postérieures sont celles qui naissent, par principe, après le jugement d'ouverture, elles ne sont cependant pas toutes soumises au même régime, dès lors notamment, que la loi distingue selon qu'elles sont ou non utiles à l'exploitation.

La distinction entre créances « *utiles* » et « *non utiles* »

La notion d'utilité est à apprécier, au regard de l'intérêt que la prestation ou la charge correspondant à la créance, peut avoir pour l'exploitation ; elle peut différer selon le type de procédure et a donné lieu à nombre d'illustrations.

En cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire :

Sont qualifiées de créances « *utiles* », celles nées régulièrement, après le jugement d'ouverture, pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période.

En cas de liquidation judiciaire :

Sont qualifiées de créances « *utiles* » :

celles nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité (pour les besoins de la liquidation) ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant ce maintien de l'activité ;

les créances postérieures « *utiles* » de l'éventuelle procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, précédant directement la procédure de liquidation judiciaire.

Les créances ne répondant pas à ces définitions sont qualifiées de « *non utiles* », par opposition aux premières.

Exemples :

→ **de créances « *utiles* » :**

- les frais de justice et honoraires (mandataires, avocats, experts, ...),
- les créances nées des contrats en cours,
- la TVA relative aux ventes et prestations,
- l'impôt sur les sociétés, pour les bénéfices de la période d'observation, (?)
- les travaux de démontage d'installations, après l'arrêt de l'activité,
- la taxe foncière se rapportant à un immeuble,
- la livraison d'un bien ou d'un service, la mise à disposition d'une somme d'argent,
- les cotisations sociales correspondant aux salaires versés en cours de procédure,
- les indemnités liées aux licenciements imposés par la liquidation ou le plan de redressement.

1 Dans le mois suivant le jugement de liquidation pour les salaires et cotisations des représentants des salariés.

→ **de créances « *non utiles* » :**

- les indemnités et pénalités dues en cas de résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi,
- les dommages et intérêts, suite à la non-continuation d'un contrat,
- la dette de restitution ou amende résultant d'une décision de justice postérieure au jugement d'ouverture, due au titre d'une situation antérieure au jugement d'ouverture de la procédure.

Le régime applicable aux créances « *utiles* »

Les créances utiles doivent être **payées à leur échéance, à défaut de quoi il peut être procédé à leur recouvrement forcé dans les conditions de droit commun.**

Elles bénéficient, par ailleurs, lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, **d'un traitement privilégié,** dès lors que l'ordre des paiements sera le suivant :

→**En cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire :**

- superprivilège des salariés
- privilège des frais de justice engagés postérieurement au jugement d'ouverture pour les besoins de la procédure
- privilège « *d'argent frais* » pour les apports réalisés dans le cadre d'un accord de conciliation homologué par le Tribunal.
- créances postérieures « *utiles* »

→**En cas de liquidation judiciaire :**

- superprivilège des salariés
- privilège des frais de justice engagés postérieurement au jugement d'ouverture pour les besoins de la procédure
- privilège « *d'argent frais* » pour les apports réalisés en période de conciliation
- créances garanties par des sûretés immobilières ou mobilières spéciales avec droit de rétention ou nantissement de l'outillage et du matériel
- créances postérieures « *utiles* »
- créances antérieures ou postérieures « *non utiles* »

L'ordre de paiement entre les différentes créances postérieures « utiles » est lui-même soumis à un classement :

- créances salariales dont le montant n'a pas été avancé par l'AGS
- prêts et créances résultant de la poursuite des contrats en cours, pour lesquels le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé, avec l'autorisation du Juge-commissaire, et qui font l'objet d'une publicité (à la condition que le contrat ne soit pas ultérieurement résilié)
- en cas de liquidation judiciaire, certaines créances de l'AGS (salaires et cotisations avancés pendant la période d'observation et dans les 15 jours suivant le jugement de liquidation1 ou pendant le maintien de l'activité)
- les autres créances selon leur rang

Modalités pratiques de règlement

→ Créances postérieures « *utiles* »

Obligation d'information :
Les créances postérieures « *utiles* » non payées à échéance, doivent être portées à la connaissance de l'administrateur judiciaire **et, à défaut,** du mandataire judiciaire **ou, lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions (ou en cas de liquidation judiciaire),** du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur.

Délai pour se manifester :
Il appartient au créancier de se manifester sous un délai :
- d'un an à compter de la fin de la période d'observation en cas de redressement ou de sauvegarde ;
- de six mois à compter de la publication du jugement ouvrant ou prononçant la liquidation ;

Formalités :
La liste des créances est déposée au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance, et donne lieu à une insertion au BODACC.

Celle-ci peut être contestée devant le Juge-commissaire, dans le délai d'un mois à compter de sa publication au BODACC ; si ces créances sont rejetées, elles sont réputées avoir été déclarées dans les conditions des créances antérieures et sont traitées comme telles.

Sanction :
Le défaut d'information entraine la perte du privilège attaché aux créances « *utiles* ».

→ Créances postérieures « *non utiles* »
Leur régime doit être rapproché de celui applicable aux créances antérieures.

Obligation de déclaration :
Les créances postérieures doivent être déclarées selon les mêmes formalités que les créances antérieures mais dans les deux mois à compter de la date d'exigibilité de la créance.

Cas particulier des contrats à exécution successive :
Le cocontractant du débiteur doit déclarer la totalité des sommes qui lui sont dues (échues et à échoir) au titre du contrat :
- dans les deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC lorsque le contrat a été conclu antérieurement ;
- dans les deux mois suivant la première échéance impayée lorsque le contrat a été conclu postérieurement à l'ouverture de la procédure collective.

Sanction :
L'absence de déclaration de créance entraîne les mêmes effets que pour les créances antérieures *(voir page suivante).*

3. CE QU'IL FAUT RETENIR

■ Sort des dettes dans les procédures de prévention

1) Opposabilité aux créanciers et au débiteur de l'accord de conciliation en cas de constatation ou d'homologation par le Tribunal ;
2) En cas d'accord homologué : privilège "d'argent frais" au bénéfice des créanciers ayant consenti un apport de trésorerie ;

■ Sort des dettes dans les procédures collectives

3) Distinction entre les créances antérieures, nées avant le jugement d'ouverture de la procédure, et les créances postérieures qui sont nées après ce même jugement ;

Créances antérieures

4) Interdiction des paiements, sauf pour les créances alimentaires, les créances pouvant faire l'objet d'une compensation et les créances dont le paiement est autorisé par le juge commissaire ;
5) Prise en charge par les AGS des salaires dus au jour du jugement d'ouverture de la procédure, sauf en procédure de sauvegarde ;
6) Obligation de déclaration auprès du Mandataire judiciaire dans les 2 mois qui suivent la publication du jugement d'ouverture au BODACC, sauf hypothèse particulière de délai plus long, ou de demande de relevé de forclusion ;

Créances postérieures

7) Paiement à l'échéance, à condition qu'elles soient nées régulièrement pour les besoins de la procédure ou de l'activité ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur (créances « utiles ») ;
8) Privilège du créancier postérieur en cas de non paiement d'une créance utile à échéance ;
9) Déclaration obligatoire des créances « non utiles » dans les 2 mois à compter de leur date d'exigibilité au risque d'être inopposables à la procédure.

Chapitre 9

LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS

Maryline SALEIX, *Vice-Procureur près le Tribunal de Grande Instance de Lyon*
Jean-Jack EMSALEM, *Tribunal de Grande Instance de Lyon – Pôle économique et financier. Maître de conférence associé, Université Jean Moulin LYON III*
Patrick-Paul DUBOIS, *Mandataire Judiciaire*

1. LE PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE, PARTENAIRE DE LA PROCÉDURE

Le Procureur de la République dispose d'attributions pénales et civiles et représente la société devant les juridictions, y compris commerciales.

Il veille au respect de l'ordre public économique et à la défense des intérêts des entreprises. Il doit être perçu comme le garant de la transparence et de la moralité dans le monde des affaires.

La loi de sauvegarde des entreprises a renforcé le rôle du ministère public, lequel est partie jointe dans toutes les procédures collectives : sa présence et ses pouvoirs ont été incontestablement étendus tant au regard de son droit de communication, des avis qu'il donne ou encore de ses interventions obligatoires ou volontaires.

Ainsi, le Ministère Public émet un avis sur l'ouverture de toute procédure collective.

Il assure le suivi des procédures après le jugement d'ouverture et examine les rapports des mandataires-liquidateurs et des administrateurs judiciaires. Il décide des enquêtes pénales s'il apparaît des faits susceptibles de qualification de banqueroute par détournement d'actifs, d'abus de biens sociaux, d'escroquerie, de défaut de comptabilité ou de comptabilité irrégulière. Il exerce les poursuites devant le tribunal correctionnel.

Il privilégie la sauvegarde des emplois et la pérennité de l'entreprise, critères de choix entre les repreneurs en cas de cession.

Il dispose d'un droit de recours contre toutes les décisions rendues.

En cas de manquement aux obligations comptables ou de faute de gestion caractérisée, il procède à la saisine du tribunal de commerce aux fins de sanctions commerciales.

2. LES SANCTIONS

Les procédures collectives ont aujourd'hui perdu leur caractère déshonorant et n'entraînent pas nécessairement le prononcé de sanctions. Ainsi, les dirigeants qui ont choisi la politique de la prévention n'encourent aucune sanction patrimoniale, ce qui est le cas du recours à la procédure de conciliation ou dès lors que le plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire soumis au tribunal est mené avec succès jusqu'à son terme.

Toutefois, le législateur a prévu l'application de sanctions civiles ou/et commerciales à l'encontre des dirigeants qui seraient à l'origine d'éventuels dysfonctionnements. Par dirigeant, il convient d'entendre les personnes physiques assurant la direction de droit ou de fait de l'entreprise ou de la personne

morale. Est considéré comme dirigeant de fait, la personne qui, sans être investie régulièrement, a cependant accompli au nom de la société des actes de gestion et s'est immiscée dans la direction par des actes positifs. Les fautes commises dans le cadre de cette gestion sont susceptibles d'engager la responsabilité de leurs auteurs.

3. LES SANCTION CIVILES :

Lorsque le dirigeant a commis une faute de gestion qui a contribué au passif de l'entreprise, sa responsabilité civile peut être recherchée et le tribunal peut le condamner à combler l'insuffisance d'actif constatée. Cette action est dénommée action en comblement de passif.

Elle conserve un caractère exceptionnel et ne peut être exercée qu'en cas de résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement et de prononcé d'une liquidation judiciaire.

Elle est à l'initiative du mandataire-liquidateur, du ministère public ou des contrôleurs désignés dans la procédure.

La mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant est nécessairement liée à l'existence d'une faute de gestion en lien de causalité avec l'insuffisance d'actif : ainsi, la seule constatation d'un passif important est en elle-même insuffisante pour engager cette responsabilité. En revanche, elle pourra résulter d'une rémunération disproportionnée, d'un usage des biens de l'entreprise contraire à son intérêt, de la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire ou de toute faute caractérisée telle que concurrence déloyale ou prise de risques financiers hors de proportion avec les capacités de la société.

La détermination de cette faute de même que sa contribution à l'insuffisance d'actif sont des questions de fait qui seront examinées et discutées devant la chambre des sanctions du tribunal.

La sanction est de nature civile et le tribunal peut décider que les dettes résultant du comportement fautif du ou des dirigeants seront supportées, en tout ou en partie, par un ou plusieurs d'entre eux.

4. LES SANCTIONS PERSONNELLES OU COMMERCIALES :

Dans de très nombreux cas (90 %), la liquidation judiciaire est due à de réelles difficultés économiques, conjoncturelles ou structurelles ou encore à des erreurs de stratégie émanant de la direction de l'entreprise.

Ces situations n'entraînent aucune sanction particulière.

En revanche, des sanctions personnelles peuvent être prononcées contre le dirigeant en raison du non respect de certaines obligations lui incombant durant la vie de la société, ou de son comportement pendant la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

Ces sanctions, de nature civile, peuvent être considérées comme des mesures de protection du secteur économique en ce qu'elles ont pour but d'écarter les débiteurs indélicats. Il appartient au procureur de la république, à l'administrateur ou au mandataire judiciaire de saisir le tribunal de commerce dans le délai de 3 ans du jugement d'ouverture de la procédure collective afin d'obtenir une telle décision. La juridiction commerciale instruit le dossier et statue en audience publique.

→ ***Quels sont les comportements pouvant entraîner une sanction personnelle ?***

Est susceptible de se voir appliquer une sanction.tout dirigeant :

- ayant utilisé les biens de l'entreprise à des fins personnelles et dans un intérêt contraire à celle-ci,

- ou ayant poursuivi abusivement une exploitation déficitaire pour des motifs personnels et notamment dans le but de préserver sa situation professionnelle,
- ou encore ayant détourné ou dissimulé l'actif social, ou augmenté frauduleusement le passif.

Ces cas peuvent également entraîner une sanction pécuniaire.

Est en outre susceptible de sanction tout dirigeant :

- n'ayant pas tenu de comptabilité ou ayant tenu une comptabilité irrégulière ou incomplète,
- ayant fait obstacle au bon déroulement de la procédure en s'abstenant de collaborer avec les organes désignés par le tribunal (juge-commissaire, administrateur, mandataire-liquidateur, commissaire-priseur),
- ayant omis de faire dans le délai de 45 jours, la déclaration de cessation des paiements,
- ayant exercé une activité commerciale ou artisanale, ou une fonction de direction d'une personne morale malgré une interdiction prévue par la loi,
- ayant commis des erreurs graves de gestions telle que la revente à perte dans l'intention d'obtenir de la trésorerie et ainsi retarder l'ouverture d'une procédure collective, l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds, la souscription d'engagements trop importants au regard de la situation financière de l'entreprise, le paiement préférentiel d'un créancier au préjudice des autres créanciers après cessation des paiement.

→ ***Quelles sont les sanctions personnelles ?***

Le tribunal peut prononcer, en fonction de la gravité du comportement fautif du dirigeant, soit une interdiction de gérer, de diriger, d'administrer ou de contrôler toute entreprise ou toute personne morale, soit une mesure de faillite personnelle.

Ces sanctions, limités dans le temps à une durée maximale de 15 ans, font l'objet d'une inscription au casier judiciaire.

La faillite personnelle, outre le fait qu'emporte pour l'intéressé interdiction de gérer, diriger, administrer ou contrôler toute entreprise ou toute personne morale, permet aux créanciers de recouvrer à son encontre leur droit de poursuite individuel. Elle entraîne certaines déchéances (interdiction de quelques professions en lien avec le crédit et l'assurance), ainsi que l'interdiction des fonctions publiques, outre celle du port des décorations.

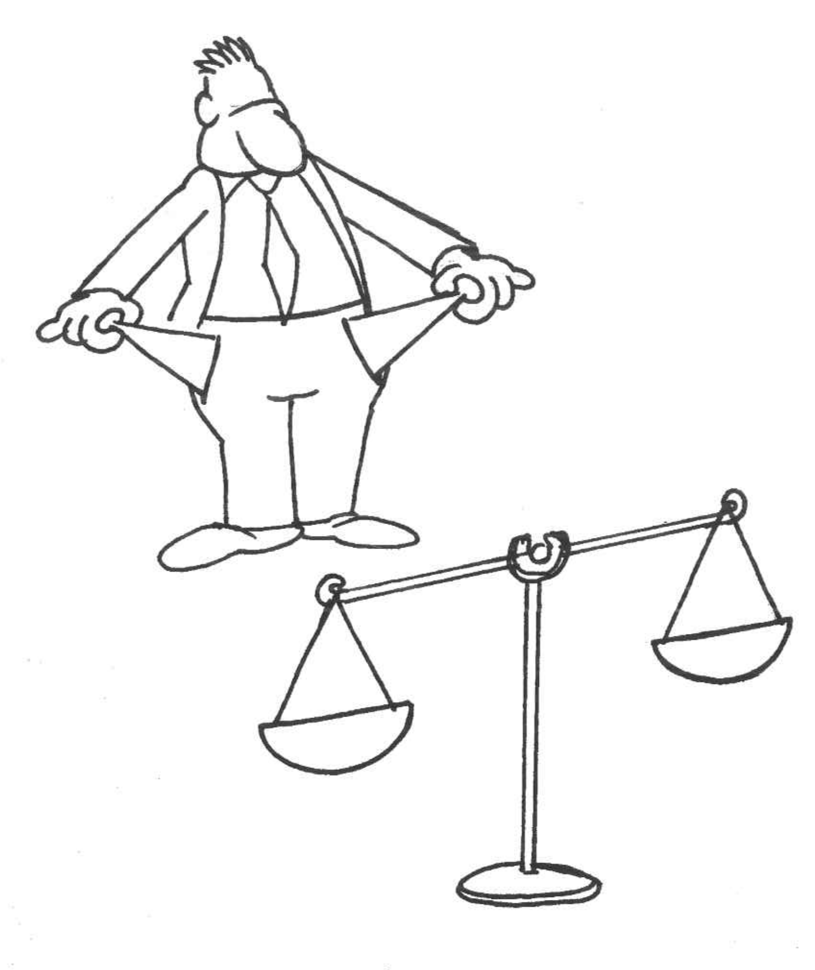
→ ***Peut-on en obtenir le relèvement ?***

Le dirigeant ayant fait l'objet d'une faillite personnelle peut demander au tribunal de le relever en tout ou en partie des déchéances et interdictions résultant de cette mesure, s'il a apporté une contribution suffisante au paiement du passif.

Celui qui est l'objet d'une interdiction de gérer (mesure plus restreinte) peut en être également relevé s'il présente des garanties démontrant sa capacité à diriger ou contrôler toute entreprise ou toute personne morale (par exemple par le suivi d'une formation à la gestion, l'obtention d'un diplôme).

5. LES SANCTIONS PÉNALES :

Le dirigeant qui, dans le cadre de la gestion de son entreprise ou de ses fonctions de mandataire social, a commis des infractions, peut faire l'objet de poursuites pénales des chefs notamment de banqueroute par détournement d'actifs ou par défaut de comptabilité, d'abus de biens sociaux, d'escroquerie, ou d'abus de confiance.


DuBouillon

POSTFACE

La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a consacré une réelle rupture dans l'esprit du législateur en matière de traitement des difficultés des entreprises tout particulièrement avec l'instauration de la procédure de sauvegarde : l'anticipation est, en effet, désormais fortement suscitée tout en étant raisonnablement encadrée.

Au sein de notre tribunal, nous avons dès la promulgation de cette loi considéré que l'acteur principal dans ce dispositif était le chef d'entreprise et qui fallait par conséquent lui offrir à travers un guide pratique un accès simple, direct et rapide à l'ensemble des questions qu'il se pose en face de difficultés prévisibles ou avérées.

Nous poursuivons dans cette voie en publiant une nouvelle édition entièrement refondue, intégrant d'une part, les nouvelles dispositions de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009 et d'autre part, les enseignements liés aux premières expériences d'application de ces nouveaux textes.

Cet ouvrage a pu être réalisé grâce à l'expertise et à la dynamique du même groupe de travail pluridisciplinaire comprenant Juges, Procureurs, Avocats, Professeurs de droit, Commissaires aux Comptes, Experts Comptables, Administrateurs Judiciaires, Mandataires Judiciaires et Greffiers en chef.

Nous espérons ainsi permettre au chef d'entreprise d'être accompagné au mieux et au plus vite dans l'analyse et dans la gestion de ses difficultés et ce d'autant plus, comme l'a écrit Jean MONNET – et cela interpelle fort dans le contexte économique actuel – *« Les hommes n'acceptent le changement que dans la nécessité et ne voient la nécessité que dans la crise »*.

Marcel SENGELIN,
Président du Tribunal de Commerce de Lyon